Germany

Das

negotium utiliter gestum.

Ein Beitrag

zur Beseitigung der Construction der Rechtsinstitute aus Fictionen

von

Dr. jur. August Sturm,

Appellationsgerichts-Referendar.

„ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum."
L. 10. D. 3, 5.

„Der Eingriff in fremde Geschäfte hat wesentlich stets etwas Riskirtes, und darf gar nicht objectiv bemessen werden, was gewöhnlich übersehen wird."
Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft.

„Die utilitas ist nicht nach objectiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage und die besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn."
Windscheid.

Weimar

Hermann Böhlau

1878.

Herrn

Dr. Bernhard Windscheid,

ordentl. Professor der Rechte an der Universität Leipzig,

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Vorwort.

Die neuere juristische Literatur hat mit einer gewissen Vorliebe die Lehre von der negotiorum gestio behandelt, ohne über den wichtigsten Punkt dieser Lehre, über das negotium utiliter gestum, zu einem sicheren Resultate gelangt zu sein (cf. Windscheid Pand. § 430 Anm. 17).

Wir glauben den Grund dieser Erscheinung darin zu finden, daß, mit Ausnahme Windscheids, alle Autoren zur Erklärung des genannten Rechtsinstituts ihre Zuflucht zu Fictionen nehmen und aus diesen heraus dasselbe construiren, vergessend, daß selbstgeschaffene Fictionen für die Construction unfruchtbar sind.

Die nachfolgende Abhandlung stellt das Rechtsinstitut als ein positives Institut dar, und gründet es auf die utilitas absentium und die utilitas absentis; sie will zeigen, daß es sein Entstehen der Wechselwirkung zwischen dem Gesammtinteresse und dem Interesse des Einzelnen verdankt. Zugleich will sie darlegen, daß die von den Römern aufgestellten Rechtssätze für die moderne Gesetzgebung wie für alle Zeiten maßgebend bleiben, weil die utilitas absentium und die utilitas absentis zu allen Zeiten die gleichen Anforderungen an die Gesetzgebung stellen werden. Es war daher für dieselbe eine eingehende

Berücksichtigung der Literatur und der neueren Gesetzgebungen geboten.

Der Umstand, daß in nicht allzuferner Zeit ein neues Reichscivilgesetzbuch in Aussicht steht, mußte zur Prüfung des Instituts vom Standpunkte des Gesetzgebers aus veranlassen, wie er überhaupt die Veranlassung für diese Abhandlung über die so viel bestrittene Lehre war.

Indem endlich die nachfolgende Abhandlung nicht bloß für das genannte Rechtsinstitut, sondern für alle Rechtsinstitute die Construction aus Fictionen als eine unfruchtbare darstellt, und nicht bloß vom Standpunkte des Gesetzgebers sondern auch vom Standpunkte des Theoretikers wie des Praktikers aus nur eine Construction aus den wirklich realen letzten Grundlagen des Rechts für brauchbar hält, greift sie weit über ihr engeres Ziel hinaus, und versucht durch Lösung einer speciellen Streitfrage einen bescheidenen Beitrag zur Construction der Rechtsinstitute im allgemeinen zu liefern.

Naumburg a./S. im Juli 1878.

Inhaltsverzeichniß.

I. Abschnitt.

Der Begriff des negotium utiliter gestum.

II. Abschnitt.

Das Verhältniß des negotium utiliter gestum zu den übrigen Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria.

III. Abschnitt.

Das Verhältniß des negotium utiliter gestum zur Genehmigung und zur Bereicherung des Geschäftsherrn.

IV. Abschnitt.

Das negotium utiliter gestum und die neueren Gesetzgebungen.

V. Abschnitt.

Kritischer Ueberblick über die Literaturgeschichte des negotium utiliter gestum.

VI. Abschnitt.

Schlußbetrachtung.

I. Abschnitt.

Der Begriff des negotium utiliter gestum.

§ 1.

Einleitung.

Lex 10 Dig. 3, 5.

Der Anspruch aus dem negotium utiliter gestum, wie er nach Römischem Rechte dem gestor zusteht, läßt sich am besten durch ein Beispiel aus dem praktischen Leben veranschaulichen.

Ein Hausbesitzer verreist, wird unterwegs am Typhus krank und ist in Folge dessen auf längere Zeit verhindert, seine Geschäfte zu besorgen. Sein bester Freund und Nachbar, der von der Verhinderung des Geschäftsherrn hört, sieht in dem Hause seines Nachbars nach dem Rechten, und bemerkt an dem Hause einen erst nach der Abreise des Herrn entstandenen Riß, welcher dem Hause den Einsturz droht. Er beschließt, da der Herr keine Familie und kein Hauswesen hat, auch eine briefliche Anfrage nichts nützen könnte, selbst helfende Hand anzulegen. Da ihm augenblicklich das Geld fehlt, nimmt er ein Darlehn für die Reparatur auf, schafft Baumaterial an, miethet einen Baumeister und reparirt das Haus. Als die Reparatur beendet ist, brennt das Haus nieder. Muß

der zurückkehrende Herr dem gestor die Auslagen ersetzen? Nach Römischem Rechte gewiß, denn es liegt ein negotium utiliter gestum vor.

Jedoch das Römische Recht geht noch weiter. Nehmen wir an, daß, nachdem der gestor das Darlehn aufgenommen und Material angeschafft hat, sein eignes Haus ohne seine Schuld abbrennt, und daß bei dem Brande das geliehene Geld und das Material mit zu Grunde gegangen ist, e h e a u c h n u r e i n P f e n n i g w i r k l i c h a u f d i e R e p a r a t u r v e r w e n d e t w e r d e n k o n n t e, so muß auch in diesem Falle der Herr alle Auslagen ersetzen, denn bei dem negotium utiliter gestum kommt es nicht darauf an, daß der Erfolg erreicht sei, es genügt ein n e g o t i u m u t i l i t e r c o e p t u m. Vorauszusetzen ist in beiden Fällen, daß der gestor nur eine Gefälligkeit erweisen und seine Auslagen wieder haben wollte, daß er also nicht etwa beabsichtigte, den Herrn zu beschenken.

Der Herr findet den Ersatz der Auslagen für die Reparatur des abgebrannten Hauses oder gar für die nicht einmal unternommene Reparatur durchaus nicht selbstverständlich, läßt sich verklagen und wird verurtheilt. Er will appelliren und wendet sich an einen Anwalt, indem er zugleich Auskunft über den ihm unverständlichen Rechtssatz verlangt. Wird der Anwalt mit Hülfe der herrschenden Theorien den Laien belehren und beruhigen können?

Wollte er auf die Frage nach der Bedeutung des negotium utiliter coeptum antworten: »Das Gesetz fingirt, daß sich Dein Wille, vertreten zu werden, mit dem Willen des gestors, Dich zu vertreten, contractlich geeinigt habe,« so wird der Laie mit Recht entgegnen: »Ich habe ja gar nichts von dem Riß gewußt und mithin keinen Willen gehabt. Wie komme ich dazu, daß ich mir eine solche doppelte Fiction gefallen lassen muß?« Wollte der Anwalt antworten: »Du mußt die Auslagen ersetzen, denn Du bist bereichert worden, Dein Nachbar hat Dir eine Ausgabe erspart,« so wird der Geschäftsherr

fragen: »Wo liegt die Bereicherung? Es hat ja noch gar keine Verwendung stattgefunden! Und eine Ausgabe soll mir erspart sein? Ich muß ja nach wie vor repariren, denn der Nachbar hat keinen Erfolg erzielt!«

Wollte endlich der Anwalt entgegnen: »In dem Augenblicke der Aufnahme des Darlehns und dem Ankaufe des Materials ist die Geschäftsführung zur vollendeten Thatsache geworden!« so würde der Laie diese Ausflucht mit Recht für das nehmen, was sie ist, für eine Ausflucht. Für ihn ist nur das zur Thatsache geworden, daß keine von den Bemühungen seines Freundes auf seinen Geschäftskreis irgend wie eingewirkt hat. —

Die einzige befriedigende Antwort wäre unsers Erachtens folgende:

»Es kommt im Leben oft vor, daß wir verhindert sind, unsre Geschäfte zu besorgen, und daß unsere Geschäfte dann unerledigt bleiben und wir Schaden erleiden. Gute Freunde sind nicht immer zur Hand, und selbst wenn sie uns im Vertrauen darauf, daß wir ihnen Alles ersetzen, unsre Angelegenheiten besorgen, werden sie doch, wenn einmal ein egoistischer Geschäftsherr die Auslagen nicht ersetzt, in ihrem Vertrauen schwankend werden. Es haben daher sämmtliche verhinderte Geschäftsherren ein Interesse daran, daß sich Jemand ihrer Geschäfte annimmt, und der Staat hat wiederum ein Interesse daran, dies Interesse dieser seiner Bürger zu schützen, zumal da dieser Schutz auch von großem national-ökonomischen Nutzen ist. Allein im Interesse Aller darf die Willensfreiheit des Einzelnen nicht leiden. Der Eingriff des gestors in das fremde Vermögen ist von Haus aus unberechtigt, und es wäre eine große Verletzung der menschlichen Willensfreiheit, wenn man im Interesse Aller den gestor mit fremdem Gut schalten lassen wollte, wie es ihm gefiele. Dem Vermögen wohnt gleichsam der Geist dessen inne, der es beherrscht, und soweit dieser äußerlich erkennbar ist, darf er nicht ignorirt werden.

Daher darf im Interesse des Einzelnen, d. h. im Interesse von dessen Willensfreiheit, der gestor nicht schalten und walten wie es ihm gefällt, sondern wie es dem Herrn gefallen würde, wenn er da wäre, das will sagen:

»Der gestor hat die Pflicht, alle äußeren Umstände im Geschäftskreis des Herrn zu beachten, welche ihm etwa darüber Aufschluß geben können, wie der Herr gehandelt haben würde, wenn er selbst da gewesen wäre; erst wenn er diesen Vermuthungen gemäß handelt, zu welchen ihn die äußeren Umstände berechtigen, hat er eine von vorn herein gültige Klage gegen den Geschäftsherrn. Die Klage nennt das Römische Recht actio negotiorum gestorum contraria, und ihre Voraussetzung auf Seiten des gestors nennt es negotium utiliter gestum. Du darfst Dich also im vorliegenden Falle nicht beschweren, denn im Interesse aller Geschäftsherren, also auch in Deinem eigenen Interesse für künftige Fälle muß Dein gestor geschützt werden, andererseits hat er alle äußeren Umstände beachtet und so gehandelt, wie Du wahrscheinlich auch gehandelt haben würdest, mithin steht ihm die Klage von vorn herein zu. Daß der gestor den erwünschten Erfolg nicht erreichte, ist ein unglücklicher Zufall, allein die actio negotiorum contraria beruht einmal nicht auf der Bereicherung, sondern hat ihr eigenes Fundament, das Interesse der abwesenden Geschäftsherren. Das Interesse aber verlangt, daß dem gestor, welcher möglichst so handelt wie wahrscheinlich der Herr gehandelt haben würde, **von vorn herein** die Klage gegeben wird! Denn wäre dies nicht der Fall, so würde der gestor meist nicht eintreten, denn Niemand kann ihm die Garantie für den Erfolg zumuthen. Das ist der Sinn des Gesetzes!«

Wir glauben nun nicht nur, daß dies die einzige Erklärung des streitigen Instituts ist, sondern wir sind auch der Ansicht, und werden dieselbe in diesem Buche ausführlich begründen, daß auch die Römer einzig und allein von dieser ratio legis ausgegangen sind. An dieser Stelle aber, die nur

von ferne die Ziele zeigen soll, denen wir zustreben, wollen wir das Beispiel von dem reparirten Hause nochmals mit einer Modification betrachten. Gesetzt den Fall, der Herr habe ein zerfallenes Weinbergshaus, wie solche in weinbauenden Gegenden üblich sind. Der Herr hat oft geäußert, daß er das Haus nicht renoviren werde, da dasselbe den Kosten nicht gewachsen sei, er es auch gar nicht mehr brauche. Der Herr hat ferner diese seine Ansicht dadurch äußerlich an den Tag gelegt, daß er auch nie die geringste Reparatur vorgenommen, ja sogar die wenigen Möbel, welche darin standen, herausgeräumt hat, und das Haus gänzlich verlassen hat. Der Herr ist nun abgereist und wie im ersten Fall verhindert. Ein allzugefälliger Nachbar macht sich daran, das zerfallene Haus auf das Beste renoviren zu lassen. Kaum ist er mit dieser Arbeit fertig, so schlägt der Blitz in das Haus und es brennt nieder. Kann er von dem Herrn seine Auslagen ersetzt erhalten? Nach unserem Princip entschieden nicht, denn er hat die äußeren Umstände aus den Augen gelassen, aus denen er schließen konnte, wie der Herr gehandelt haben würde, wenn er nicht verhindert gewesen wäre. Diese äußeren Umstände sind: die Aeußerungen zu den Freunden, daß das Haus die Kosten nicht mehr trage und unnütz sei, das Unterlassen jeder Reparatur, vor allem aber das Verlassen und Räumen des Hauses. Aus diesen äußeren Umständen mußte der gestor schließen, daß der Herr, wenn er da gewesen wäre, das Haus weiter verfallen lassen haben würde. Indem er diese äußeren Umstände aus den Augen ließ, verletzte er das Interesse dieses einzelnen Geschäftsherrn und hat daher keine von vorn herein gültige Klage. Er bekommt also in unserem Falle nichts ersetzt.

Wir haben die vorstehenden beiden Beispiele mit einigen Modificationen der Cardinalstelle über das negotium utiliter gestum entnommen, welche wir gleichsam als Motto über

unsere Schrift setzen möchten, und welche daher hier vollständig zum Abdruck kommen soll: [1])

L. 10 § 1. D. de negotiis gestis III, 5.

Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum; idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum, secundum Labeonis sententiam, quum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias aggreditur. Juxta hoc est et quod Julianus scribit, eum, qui insulam fulsit, vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus.

Diese Stelle ist eine Cardinalstelle, weil sie den Angelpunkt der ganzen Lehre trifft, indem sie Fälle behandelt, in welchen das Geschäft keine Wirksamkeit oder keinen Erfolg gehabt hat. Gerade an solchen Fällen zeigt sich aber das Princip der actio contraria am reinsten, weil bei denselben der Gesichtspunkt der Bereicherung ganz bei Seite fällt, welcher bei der von vorn herein gültigen Klage nur dazu dienen kann, die Lehre zu verwirren. Im höchsten Grade

[1]) Die in dieser Stelle erwähnte Frage wird bekanntlich schon von Wächter als die wichtigste für die Lehre von der n. g. bezeichnet.

interessant ist die Stelle ferner deßhalb, weil sie zeigt, daß das negotium utiliter gestum den Römischen Juristen ein technischer Ausdruck war, mit welchem sich ein ganz streng abgegrenzter Begriff verband. Ulpianus meint, auch wenn das Geschäft keine dauernde Wirksamkeit gehabt habe, habe der gestor dennoch eine Klage »si utiliter gessit«. Das billige auch Labeo. Aber, wie Celsus erzähle, bemerke Proculus, der gestor habe die Klage nicht wenn er z. B. ein Haus gestützt hat, welches der Herr, als wäre es den Kosten nicht gewachsen, verlassen hat, oder für unnötig hielt. Dieser gestor habe, meint Proculus, nach Labeos Ansicht den Herrn belästigt, da es Jedem frei stehe seine Sache zu verlassen wenn er Schaden fürchte. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet! Derjenige habe die Geschäftsführungsklage, entgegnet Celsus, qui utiliter negotia gessit, wer aber eine unnöthige oder den Hausherrn belästigende Sache unternehme, von dem könne man nicht sagen, daß er utiliter gerirt habe. — Dies ist also auch Ulpianus' Ansicht. Wie kommt er nun dazu, beifällig von Celsus zu sagen: sed istam sententiam Celsus eleganter deridet? Wo in aller Welt liegt denn die besondere juristische Feinheit? Proculus meint, die Klage finde nicht statt, wenn der Gestor die äußern Umstände (quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit) aus dem Auge lasse, aus denen er vermuthen konnte, wie der Herr gehandelt haben würde, wenn er nicht verhindert gewesen wäre. Nach Labeos Ansicht belaste er ja den Herrn, denn er beschränke dessen Willensfreiheit. Mit feiner juristischer Schärfe meint nun Celsus, ein solcher Zusatz sei nicht nötig, das verstehe sich ja ganz von selbst. Die actio verlange ein negotium utiliter gestum, und durch diesen technischen Begriff, der jedem Römer geläufig sein müsse, sei schon hinreichend gesorgt, daß die Willensfreiheit des Einzelnen nicht verletzt werde; das negotium utiliter gestum verlange, daß der gestor aus den

vorliegenden äußeren Umständen die nötigen Schlüsse auf die etwaige Handlungsweise des Herrn ziehe. Eine Definition des negotium utiliter gestum ist in der Stelle nicht mit nackten Worten enthalten, allein aus den Worten: non autem negotia utiliter gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias, und daraus, daß dieser Satz durch das Beispiel erklärt wird: si (gestor) eam insulam fulsit quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit«, folgt eben, daß es die äußeren Umstände sind, welche der gestor nicht aus den Augen lassen darf und nach denen er handeln muß. Es bleibt uns nichts übrig, als diesen technischen Ausdruck des utiliter gestum zu umschreiben. »Nützliche« Geschäftsführung würde sofort eine schiefe Ansicht veranlassen, »für den Herrn nützliche Geschäftsführung« könnte man gelten lassen, wenn man damit stets den Begriff verbinden wollte: »nützlich für den Herrn als für ein der Gesammtheit aller verhinderten Geschäftsherren angehöriges Glied.« Denn wenn der Erfolg des Geschäfts nicht erreicht ist, bleibt kein anderer Nutzen übrig! Besser würde der Ausdruck »im Interesse« des Herrn passen, aber auch dann müßte doch wieder hinzugesetzt werden, daß das Interesse des Herrn eben darin bestehe, daß der gestor nach den äußeren Umständen zu erforschen sucht, wie wohl der Herr gehandelt haben würde, und hiernach handelt. Der Ausdruck »dem vermuthlichen Willen des Herrn gemäß« dürfte ebenfalls leicht zu Mißverständnissen führen, denn der Wille des Herrn ist außerhalb des Geschäftskreises, der Wille des Herrn ist ein inneres Moment, welches der Gestor unmöglich kennen kann. Ja der Wille des abwesenden Herrn kann bei unserem zweiten Beispiel vielleicht gerade dahin gehen, daß das Weinbergshaus doch noch renovirt werde, und dennoch würde Jemand, der als allgemeiner Geschäftsführer das Haus verfallen ließe, weil ihn die äußeren Umstände zu der Vermuthung berechtigen, zu schließen, daß der Herr das wünsche, dem Rechte

gemäß handeln, denn nur die Beachtung dieser äußeren Umstände, nur etwas Mögliches, verlangt das Recht von ihm. Wäre dem nicht so, so könnte ja auch jeder Geschäftsherr hinterher sagen: »das wollte ich nicht!« Hiermit wäre aber die Geschäftsführung rein auf die Genehmigung des Herrn gestellt und dem widerspricht die lex 10 cit.

Alle diese Andeutungen bedürfen einer weiteren Ausführung. Dennoch glauben wir durch die Auslegung der Cardinalstelle l. 10 cit. schon jetzt eine nicht geringe Unterstützung für unsere Ansicht gefunden zu haben, daß eine von vorn herein gültige actio neg. gest. contraria für den gestor nur dann entsteht, wenn er alle im Geschäftskreis des Herrn erkennbaren äußeren Umstände beachtete, aus welchen er auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn schließen durfte, und wenn er sich dann nach diesem Schlusse gerichtet hat.

§ 2.

Utilitas absentium.

Das Interesse sämmtlicher Geschäftsherren als die Hauptgrundlage der von vorn herein gültigen actio negotiorum gestorum contraria.

Die Behauptung, daß die actio contraria des Geschäftsführers nicht in erster Linie in dessen Interesse, sondern im Interesse aller Geschäftsherren gegeben sei, ist klar und deutlich in den Römischen Rechtsquellen ausgesprochen. Die beiden Stellen, welche den Grund ihrer Einführung eingehender besprechen, sind:

a) § 1. J. de obligat. quasi ex contr. III. 27.

Igitur quum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum. — Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset,

si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

Also: im Interesse der abwesenden Geschäftsherren wurde das ganze Institut der negotiorum gestio mit beiden Klagen eingeführt. Daß die Stelle nur von abwesenden Geschäftsherren und zwar nur von solchen spricht, die subita festinatione coacti abgereist sind, darf uns nicht befremden; der Jurist wählt ein recht drastisches Beispiel, um zu zeigen, in welche üble Lage überhaupt verhinderte Geschäftsherren kommen würden, wenn sich Niemand ihrer Geschäfte annähme. Das Interesse sämmtlicher abwesenden Geschäftsherren besteht darin, daß sich Jemand ihrer Geschäfte annimmt. Wenn nun erst die neg. gestio dies Interesse schützen soll, so muß ohne dieses Rechtsinstitut beziehentlich vor demselben das Geschäft eines abwesenden Geschäftsherrn meist unerledigt geblieben sein. Unsere Stelle geht noch weiter, sie meint, dieser Geschäfte würde sich selbstverständlich (sane) Niemand annehmen, wenn er seinen Aufwand nicht mittelst einer Klage ersetzt bekommen könnte. Dies klingt hart; allein man muß sich sehr hüten, diesen Ausspruch etwa nur dem Römischen Egoismus zuzuschreiben. Wie wir später sehen werden, ist von freigebiger Gesinnung, von einem animus donandi hier nicht die Rede; allein auch der animus recuperandi bei der neg. gestio, welcher ohne für seine persönliche Arbeit Lohn zu fordern, den Aufwand ersetzt haben will, der seinem Geschäftskreis entgeht, setzt eine freundschaftliche, wenigstens humane, menschenfreundliche Gesinnung voraus. Sollte diese den Römern gefehlt haben? Wir dürfen nicht vergessen, daß der gestor nicht schenken, sondern seine Auslagen ersetzt haben will; dies setzt aber auf Seiten des Herrn eine ebenso humane Gesinnung voraus, die diese Auslagen erstattet. Sobald er das nicht thut, wird die Auslage des gestors zu einem unfreiwilligen Geschenk. Es ließe sich nun wohl denken, daß der gestor stets eintritt und der Dominus stets erstattet, wenn

die Geschäfte auch wirklich immer vom gestor mit Erfolg beendigt würden. Allein der Umstand, daß oft der Zufall sein Spiel treibt und die Früchte menschlicher Arbeit zerstört, so daß dann die Auslagen zwar sicher aus dem Vermögen des gestor heraus sind, aber auch eben so sicher nicht dem Vermögen oder dem Geschäftskreis des wieder eintretenden Herrn inne wohnen, dieser Umstand bewirkt, daß in solchen Fällen dann der Herr leicht die Auslagen nicht zu erstatten gewillt ist, da sie ihm als Einzelnen keinen Vortheil gebracht haben. Die Folge davon ist, daß der gestor in andern Fällen sich der negotia aliena nicht wieder annimmt, weil er fürchtet, statt einen menschenfreundlichen Dienst zu leisten, zu einer Schenkung gezwungen zu werden; er steht also von seinem menschenfreundlichen Dienst nicht aus Egoismus ab, sondern er tritt zurück, weil er fürchten muß, daß man ihm mehr zumuthet, als er leisten will, nämlich eine Vermögensschenkung statt einer Humanitätspflicht. Der egoistische dominus hat daher, weil kein gestor eintreten will, das Interesse aller Geschäftsherren verletzt, und die Gesetzgebung gibt, um den gestor nicht durch so trübe Erfahrungen abzuschrecken, demselben im Interesse jener domini eine von vorn herein gültige Klage. Dies dürfte der Ideengang der angeführten Stelle sein. Sie wird gestützt durch

b) l. 1 Dig. h. t. III. 5.

Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

Auch diese Stelle spricht aus, daß die Geschäfte der verhinderten Geschäftsherren unerledigt bleiben würden, wenn dies edictum über die neg. gestio nicht gegeben wäre. Es dürfte demnach feststehen, daß die actio negotiorum gestorum contraria in erster Linie im Interesse sämmtlicher verhinderter

Geschäftsherren gegeben ist, welches Interesse eben darin besteht, daß sich überhaupt Jemand ihrer Geschäfte annimmt und sich nicht durch die Furcht abschrecken läßt, er werde seine Auslagen nicht ersetzt erhalten.

Ob endlich die Schlußfolgerung: hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur etc. richtig ist, d. h. ob das Interesse der verhinderten domini vom Staate mit absoluter Nothwendigkeit das Institut der negotiorum gestio fordert, ist eine Frage, die erst später, nachdem der Begriff des negotium utiliter gestum abgehandelt worden, erörtert werden kann.

§ 3.

Utilitas absentis.

Das negotium utiliter gestum, das im Interesse jedes einzelnen verhinderten Geschäftsherrn eingeführte Schutzmittel der Freiheit des Individuums.

Wenn die Gesetzgebung im Interesse aller verhinderten Geschäftsherren es für nötig hält, eine Klage demjenigen zu geben, der sich ihrer Geschäfte annimmt, so kann sie von dem Geschäftsführer entweder verlangen, daß er nach objectiven Rücksichten den Vortheil des Herrn wahrnimmt, oder daß er so handelt, wie der Herr gehandelt haben würde; sie kann aber endlich auch einen Mittelweg einschlagen und von dem Geschäftsführer fordern, daß er die äußeren Umstände beachtet, aus denen er schließen kann wie der Herr handeln würde.

Wollte der Gesetzgeber nun fordern, daß der gestor sich von objectiven Rücksichten leiten lasse, so würde er die persönliche Willensfreiheit des einzelnen Geschäftsherrn verletzen.

Jedes Haus, jeder Geschäftskreis hat seinen eigenen Geist. Der menschliche Wille geht an den Dingen nicht spurlos vorüber, er läßt Spuren zurück, aus denen man auf die Eigenthümlichkeiten, auf die Handlungsweise des Herrn schließen

kann. So weit diese Spuren in äußeren Umständen erkennbar zu Tage liegen, müssen sie von jedem Andern respectirt werden. Werden sie außer Acht gelassen, so liegt allerdings nicht eine Verletzung des Willens vor, denn es ist kein Wille des verhinderten Herrn vorhanden, wohl aber ein Eingriff in die Willenssphäre des Verhinderten. Wenn der Wille im Interesse der Gesammtheit einem fremden Willen Ersatz leisten muß, der etwas für ihn ohne jeden Erfolg unternimmt, so kann er Kraft des Rechts seiner freien Nebenexistenz verlangen, daß dieser Wille alle von ihm hinterlassenen Spuren beachtet und diesen folgend möglichst so zu handeln sucht, wie er selbst gehandelt haben würde. Lebte der Wille nicht in einem geordneten Staate und ließe sein eigenes Interesse außer Acht, so könnte er fordern, daß überhaupt Niemand in seine Willensfreiheit eingreift; da er diese Forderung in Aller und auch in seinem Interesse nicht stellen darf, so darf er wenigstens vom gestor eine Schlußfolgerung auf seine vermuthliche Handlungsweise verlangen. Wer dieser Anforderung nicht nachkommt, übt in der Willenssphäre seines Mitmenschen so zu sagen einen Hausfriedensbruch, der wahrlich nicht rechtlich geschützt werden kann. Die objectiven Durchschnittsregeln über Nützlichkeit und Notwendigkeit können daher den gestor nicht leiten, soweit sie nicht auch die des Herrn selbst sind. Wir würden einer maßlosen Willkür ausgesetzt sein, wenn ein jeder nach diesen Durchschnittsregeln sich unserer Geschäfte annehmen dürfte, und würden es uns gefallen lassen müssen, wenn Jemand während unserer Abwesenheit in unseren Rosengarten nützlichen Kohl pflanzte. [1])

---

[1]) cf. das drastische Beispiel bei Wächter, Archiv für civ. Praxis XX. 3. p. 355 Anm. 26 »Ein Garteneigenthümer ist im Frühjahr abwesend ohne für die Bestellung des Gartens Sorge getragen zu haben. Ein dienstfertiger Nachbar unterzieht sich der Bestellung des Gartens und nimmt, um alles recht nützlich einzurichten, alle Zierpflanzen, Blumenstöcke heraus und steckt Kartoffeln, verengt die schönen, breiten und luxuriösen Wege

Abgesehen von der in § 1 erläuterten Cardinalstelle, welche allein genügen würde, um zu beweisen, daß die Römer von dem Gestor keine objectiv nützliche Geschäftsführung forderten, sprechen gegen eine solche Ansicht l. 3 § 4 Dig. 15, 3. — nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset (cf. hierzu, wie zu allen aus diesem Titel citirten Stellen, den wichtigen § 2 der citirten Stelle: et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem.) und l. 43 Dig. h. t. Quum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, quum ea solutione debitor a creditore liberatus sit, nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi.

Wollte dagegen die Gesetzgebung verlangen, daß der gestor dem Willen des Geschäftsherrn gemäß handle, so würde sie etwas unmögliches fordern und das ganze Rechtsinstitut auf die Genehmigung des dominus stellen. Der dominus würde stets sagen können: Die n. gestio ist nicht meinem Willen gemäß! Die Folge würde sein, daß kein gestor eintreten würde. Hiermit würde aber das Interesse aller abwesenden Geschäftsherren verletzt, und da dieses das Fundament unseres Instituts bildet, ergibt sich die Hinfälligkeit einer solchen Forderung (cf. den folgenden §).

Die Römer schützen daher die Willensfreiheit des einzelnen dominus nur insoweit, als sie verlangen, daß der gestor unter Berücksichtigung aller äußeren erkennbaren Umstände so handle, wie diesen Umständen nach vermuthlich der Herr gehandelt haben würde. Diese »Umstände« können die verschiedenartigsten sein. Allen gemeinsam aber ist die Anforderung, daß sie

und benutzt den gewonnenen Raum zu nützlichen Pflanzungen, verwandelt einen unnützen, zum Vergnügen bestimmten freien Platz in ein Fruchtfeld u. s. w.«

äußere und erkennbare sind. Hinter den äußeren Umständen liegen allerdings die »inneren Umstände«, die Bewegungen des menschlichen Willens, welche das Verhältniß seines eigensten Ich's zur Außenwelt regeln, allein diese inneren Umstände sind erst dann für unser Institut von Bedeutung, wenn sie äußere, erkennbare Umstände geworden sind. — Die Römer verlangen also von dem gestor zweierlei: einmal die sorgfältige Nachforschung nach der Individualität des Herrn, sei es nun, daß er diese aus eigner Bekanntschaft oder von den Verwandten und Freunden des Herrn, oder aus den Gewohnheiten desselben, oder endlich aus der Lage des Geschäftskreises selbst entnehmen kann, zweitens eine Schlußfolgerung, welche ihn bei den obwaltenden Umständen berechtigt anzunehmen, daß diese erforschte Individualität so handeln würde, wie er zu handeln gedenkt. Erst wenn der gestor diese Anforderungen befolgt liegt ein negotium utiliter gestum vor. Dieser Begriff ist ein rein technischer, wie die l. 2. Dig. h. t., l. 12 § 2 Dig. h. t. (sufficit utiliter negotium gestum) beweisen; die obige Definition rechtfertigt sich aus dem Inhalte der Stellen, welche diesen Begriff behandeln.

Wenn ein Römischer Hausherr abwesend oder verhindert war, so mußte das Fehlen seines Willens sich vor allem in dem Geschäftskreise der ihm unterworfenen Sclaven bemerkbar machen. Auf der anderen Seite war es aber gerade bei der Verwaltung des Sclavenwesens für den gestor ein leichtes, einen berechtigten Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn zu ziehen, denn an den Fertigkeiten und Künsten der vorgefundenen Sclaven konnte er absehen, von welchen Rücksichten und Neigungen sich der Herr bei ihrer Anschaffung und Erhaltung leiten ließ; ferner hatte er in den Sclaven, wenn auch nach Römischer Anschauung Sachen, so doch mit Vernunft und Sprache begabte Wesen vor sich, die ihm über die Individualität des Herrn genügend Aufschluß geben konnten.

Unter den zahlreichen hier einschlagenden Stellen sei zunächst erwähnt l. 10 Cod. h. t. si servum alienum non inutilem domino constitutum aegrum curastis, negotium utiliter gessistis, et competente vobis actione sumtus recuperare potestis. Ob der kranke Sclave dem Herrn nützlich sei, konnte der gestor theils durch seine Bekanntschaft mit dem Herrn, theils aus dem Sclavenwesen desselben selbst entnehmen; es fehlt ihm nicht an äußeren Umständen, welche ihn zu der zu billigenden Schlußfolgerung berechtigen, daß der Herr den Sclaven auch geheilt haben würde. Ebenso konnte der gestor leicht erfahren, in welcher Weise der Herr für seine Sclaven sorgte, mit welchem Aufwande er sie nährte und kleidete. Wenn er dann den erforschten Umständen gemäß Brot und Wein für die Sclaven des verhinderten Herrn anschaffte, so hatte er die a. n. g., auch wenn das angeschaffte vor der Verwendung unterging, denn er hatte utiliter gerirt. Cf. l. 22. Dig. h. t. sive hereditaria negotia, sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit, quod impenderit, iudicio negotiorum gestorum consequi; veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio, ruina. Die Stelle setzt voraus, daß das frumentum aut vinum familiae parare in unserem Sinne ein n. utiliter g. war; speciellere Vorschriften für die Verpflegung der Sclaven gibt die l. 3 § 3 Dig. 15, 3. proinde si servus sumsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat, in rem videri domini vertisse Labeo scribit. Deutlicher kann wohl kaum gesagt werden, daß der gestor die äußeren Umstände — hier die Gewohnheiten des Herrn, welche er leicht von den Sclaven erfragen kann — beachten muß, und aus ihnen den Schluß auf die vermuthliche Hand-

lungsweise des Herrn zu ziehen hat.[1]) Daß in den ersten Stellen das utiliter gestum nicht weiter betont wird, ergibt sich daraus, daß der gestor, welcher Sclaven vorfand und wußte, daß ihr Herr ein vernünftiger Mann war, aus dem äußeren Umstande, daß der Herr Sclaven hatte, auch schließen durfte, daß er sie ernähren wollte; dieser Schluß berechtigte ihn zur Anschaffung der einfachsten Nahrungsmittel: Brot und Wein. In der zweiten Stelle hingegen, wo der gestor (denn von ihm gilt Alles was vom servus gilt nach § 2 eod.) die Erhaltung des ganzen Sclavenwesens übernimmt, war es nötig, ihn ausdrücklich auf die Beachtung der Gewohnheiten des Herrn hinzuweisen. Von den Sclaven konnte aber der gestor nicht allein über das Sclavenwesen, sondern auch über das gesammte Hauswesen des dominus Auskunft erhalten, und war es daher seine Pflicht, sich dieselbe zu verschaffen. l. 42. Dig. h. t. Si servi mei rogatu negotia mea susceperis, si duntaxat admonitus a servo meo id feceris, erit inter nos negotiorum gestorum actio. — Wäre die Römische Gesetzgebung in unseren Zeiten thätig gewesen, so würde natürlich nicht vom Sclavenwesen die Rede sein, aber die Stellen würden betonen, daß der Gestor sich zuerst bei den Geschäftsleuten, bei dem Dienstpersonal und den Arbeitern des dominus nach der Handlungsweise desselben zu erkundigen habe; ja er würde in vielen Fällen nach dieser Erkundigung gar nicht eintreten, weil er einsehen würde, daß die Untergebenen des Herrn dessen Vortheil besser wahrnehmen könnten wie er,[2])

---

[1]) cf. l. 3 § 7 § 8. Dig. 15, 3. Unde recte dicitur, et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, et in horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri versum. Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem, esse actionem de in rem verso.

[2]) Der Fall, wo der Herr, wenn auch nicht für den speciellen Fall, so doch für alle unerwarteten Fälle einem seiner Untergebenen, der sein Vertrauen besitzt, beauftragt hat, für ihn einzutreten, gehört nicht hierher,

was bei den Sclaven in Rom nach Sclavenrecht nicht der Fall war.

Es ist leicht nachzuweisen, daß auch in anderen Fällen, in welchen das n. utiliter gestum betont wird, die Stellen stets äußere, dem gestor bemerkbare Umstände im Auge haben, und ihm keineswegs die unmögliche Erforschung des vermuthlichen Willens des abwesenden dominus zumuthen. Diese äußeren zu einer zu billigenden Schlußfolgerung berechtigenden Umstände liegen möglicherweise auch dann vor, wenn ich ein Rechtsgeschäft, welches von dem dominus einem Dritten aufgetragen worden, deßhalb ausführe, weil ich aus diesem Auftrage schließen kann, daß der Herr bei Verhinderung dieses Dritten damit einverstanden ist, daß ich mich des Geschäftes annehme. Diesen Fall bespricht die l. 46 Dig. pr. h. t.

Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret; quod quum cognovissem ipse eum tibi emi; puto referre, qua mente emerim; nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te ejus voluntatis esse, ut emtum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses, et ego, quia per me commodius negotium possim conficere, emissem.

Die Stelle ist in mehr als einer Beziehung für unsere Theorie interessant. Wir lassen die am Schluß der Stelle erwähnten Klagen bei Seite, da der Jurist sagt, daß es auf das Sohnesverhältniß nicht weiter ankomme. Titius hat einen Auftrag erhalten, eine Sache zu kaufen, der gestor weiß, daß die Sache dem Herrn überhaupt nötig ist und er sie zu kaufen wünscht — aus diesem beiden äußeren Umständen schließt er,

---

denn in diesem Falle ist die leere Stelle des fehlenden Herrn ausgefüllt. Der Gestor kann erst dann eintreten, wenn dieser Untergebene das Vertrauen seines Herrn mißbraucht, wird sich aber auch dann fragen müssen, ob er gerade der Mann dazu sei, und ob nicht statt seiner ein Geeigneterer eintreten will?

daß der dominus, wenn er selbst da wäre, die Sache jetzt kaufen würde; Titius ist gleichsam verhindert d. h. der gestor kann die Sache commodius kaufen, an der Ausführung nur durch Titius kann dem Herrn nichts liegen, — hieraus schließt der gestor, daß der Herr, wenn er nicht verhindert wäre, seinen Eintritt genehmigen würde. Es läßt sich der Fall denken, daß der Dritte die Verhältnisse des dominus gar nicht kennt, daß er nicht weiß, ob derselbe die Sache überhaupt nöthig hat und nicht weiß, ob dem Herrn nur an dem Abschluß gerade durch Titius etwas gelegen ist, in diesem Falle wird der gestor nicht ohne weiteres, weil er commodius kaufen kann, eintreten können, denn es dürfte ihm schwer werden, seine Schlußfolgerung durch äußere Umstände auf die er sie gründet zu unterstützen.[1])

Die äußeren Umstände, welche zu einer zu billigenden Schlußfolgerung berechtigen, sind leicht zu erkennen und dem Richter darzulegen, wenn Jemand für seine Schwester die Geschäfte führt und die nöthigen Abgaben für sie bezahlt, zumal wenn noch eine Bitte der Schwester hinzukommt (l. 16. cod h. t. si negotium sororis tuae gerens pro ea tributa solvisti, vel mandante ea vel rogante id fecisti), wenn Jemand als Geschäftsführer eine Tochter aussteuert, weil er aus dem Verwandtschaftsverhältniß oder sonst woher weiß, wie hoch der Vater eine Aussteuer gegeben haben würde (l. 7 § 5, l. 8 und l. 9 Dig. 15, 3), wenn Jemand einem Haussohne eine Toga kauft, weil er wußte, daß der verhinderte Vater sie zu kaufen hatte (cf. l. 19 Dig. 15, 3). Aehnlich würde heutzutage ein Confirmationsrock, welchen ein Dritter an Stelle des verhinderten Vaters anschafft, utiliter angeschafft

[1]) Man muß hierbei immer den Fall im Auge behalten, daß der Dritte, auch wenn die gekaufte Sache untergeht, die Klage hat, wenn er utiliter gerirt; dann erklärt sich die strenge Anforderung des Römischen Rechts, die fremde Individualität, so weit sie in ihrem verlassenen Geschäftskreis irgendwie äußerlich hervortritt, zu beachten.

sein. Ein Bedenken könnte die l. 43 Dig. h. t. erregen, in welcher es heißt, daß Jemand, der eine fremde Schuld bezahlt, die a. n. g. habe, nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi. Allein auch in diesem Falle kann dem dominus nicht das Recht zugesprochen werden, die n. g. nicht anzuerkennen, weil ihm die Bezahlung der Schuld nicht paßt; auch hier können äußere Umstände den gestor zu einer Schlußfolgerung, welche den wirklichen Absichten des Herrn nicht entspricht, berechtigen. Ob der gestor wirklich nicht den Schluß ziehen durfte, daß der Herr die Schuld selbst bezahlt hätte, hat der Richter nach seinem Ermessen zu beurtheilen, gerade wie er darüber zu entscheiden hat, ob der gestor im Stande war zu schließen, daß der dominus ein Haus zerfallen lassen wollte. Bei der Beurtheilung derartiger Fälle ist die im folgenden Paragraphen zu besprechende Beweislast von Wichtigkeit.

§ 4.

Die Vertheilung der Beweislast.

Beweisen muß, wer behauptet, nicht wer bestreitet, ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat l. 2. D. 22, 3.[1]) Der Kläger, welcher zunächst der Behauptende ist, also der gestor, muß daher beweisen, daß äußere Umstände vorhanden gewesen sind, welche ihn zu seiner Schlußfolgerung auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn und mithin zu seiner eigenen Handlung berechtigten; mit andern Worten: er muß das eigentliche Fundament seiner Klage, das neg. utiliter gestum beweisen. Ist seine Klage nicht durch solche äußere Umstände fundirt, so ist er abzuweisen. Daher ist er auch abzuweisen, wenn es nur seine subjektive Ansicht war, daß er utiliter gerirte, wenn aber keine äußeren Umstände

---

[1]) cf. Windscheid § 133 Anm. 4 »Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast.«

vorliegen, welche bei dem Richter die Ueberzeugung hervorrufen, daß diese Ansicht auf einer zu billigenden Schlußfolgerung beruht. Dies ist am Schluß der Cardinalstelle l. 10 Dig. h. t. ausgesprochen: Ego quaero, quid, si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem. Daraus, daß am Eingang der Stelle das utiliter gestum in der angegebenen Weise (cf. § 1) zu definiren ist, folgt, daß in dem obigen Falle den Gegensatz zum »meinen« das »schließen« bildet; ein bloßes subjectives »meinen«, bei welchem keine äußeren Umstände auch den Richter und jeden Dritten zu einer ähnlichen Meinung zwingen, ist völlig irrelevant. Wenn der gestor ein verlassenes und ganz zerfallenes Haus stützt, nur weil er meint, daß der Herr es auch genehmigen werde, so hat er keine von vorn herein gültige Klage. Die Worte »sed patrifamilias non expediebat« sind keineswegs so zu verstehen, als ob der zurückkehrende verhinderte dominus in unserm Falle gefunden hätte, daß ihm das ausgeführte negotium nicht dienlich war; es ist vielmehr anzunehmen, daß die Stelle von demselben erfolglosen Geschäft spricht, wie die vorangehenden Worte. Sie würde also vollständig lauten:

Ego quaero, quid, si putavit se utiliter insulam a domino quasi imparem sumtui derelictam fulsisse (licet eventus non sit secutus), sed patrifamilias non expediebat? Erst dann erklärt sich der, den Grundgedanken der n. g. nochmals hervorhebende Schlußsatz der lex: ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum, welcher bei einer anderen Interpretation vor den Worten ego quaero etc. stehen müßte. [1])

---

[1]) Ruhstrat (cf. seine Schrift über die neg. gestio S. 26 und Jahrb. für Dogm. S. 240 f.) behauptet, der generelle neg. gestor brauche nur zu beweisen, daß der Herr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; die näheren speciellen Geschäftshandlungen könne er dann auf eine an sich verständige Weise ausführen. Windscheid (§ 430 Anm. 21)

Ein nicht zu unterschätzender äußerer Umstand für die zu billigende Schlußfolgerung des gestors ist der, daß der Herr meistens ein Geschäft weiter führen will, was er begonnen hat, und daß er etwas erhalten will, was er selbst ins Werk gesetzt hat. Führt der gestor an, daß er in ein blühendes kaufmännisches Geschäft eingetreten ist, dessen Herr verhindert ist, daß er das Wohnhaus des abwesenden Herrn gestützt hat, das dieser bisher bewohnte, daß er, wenn ein Sclave gestorben war, einen neuen an dessen Stelle kaufte, so hat er gewichtige Momente für sich. Will er dagegen etwas neues unternehmen, etwa eine Sache kaufen, die der Geschäftsherr früher nicht zu kaufen pflegte, so bedarf es noch anderer Momente, etwa der Beziehung auf eine vorhandene vom

---

hält diese Ausnahme nicht für gerechtfertigt. In der That ist sie unhaltbar, weil, wie später ausgeführt werden wird, der Unterschied von generellem und speciellem neg. gestor für das negotium utiliter gestum ohne Bedeutung ist. Der generelle gestor muß so gut wie der specielle alle vorgefundenen Spuren beachten, welche ihn auf eine Handlungsweise des Herrn schließen lassen; und auch der specielle Geschäftsführer kann für seine Handlungsweise nicht weiter verantwortlich gemacht werden, als ihn die vorgefundenen äußeren Umstände dazu veranlassen konnten; daß der Herr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde, dazu müssen beide durch einen zu billigenden Schluß veranlaßt worden sein, ebenso wie beide dazu berechtigt sind, dann, wenn ihnen die äußeren Umstände keinen weiteren Anhalt zu einem Schluß auf die Handlungsweise des Herrn bieten, nach objectiven verständigen Geschäftsregeln zu handeln. Windscheid bemerkt zu Ruhstrats Auffassung: »aber freilich kann nicht blos der generelle sondern ein jeder negotiorum gestor sich den Ersatz für solche Auslagen, welche nicht im Sinne des Geschäftsherrn lagen, durch den Nachweis sichern, daß ohne seine Dazwischenkunft Alles verloren gewesen sein würde. Kann der Geschäftsherr in einem solchen Falle wegen Verschuldung des Geschäftsführers einen Ersatz nicht fordern, welcher ihm gemäß der Regel gebühren würde, so darf er sich nicht weigern, seinerseits einen Ersatz zu geben, auf welchen der Geschäftsführer der Regel gemäß keinen Anspruch haben würde — einen Ersatz, der immer noch nicht den Nutzen absorbirt, welchen der Geschäftsführer ihm durch seine Thätigkeit wirklich zugewendet hat.« Windscheid gründet diese Behauptung auf die l. 3 § 9 D. h. t. (cf. § 430 Anm. 6). Wir können ihm nicht beistimmen, weil nach unserer Auffassung das citirte Gesetz nur auf einen einzelnen Fall, und nicht auf

Herrn gern erhaltene Sache, der genauesten Kenntniß der Subjectivität des Herrn und der Analogie aus der Gesammtheit seines Geschäftskreises. Ist z. B. in dem Hause eines abwesenden Freundes eingebrochen worden und ich sehe bei der Nachfrage nach dem Einbruch, daß der Freund einen Schrank mit einer werthvollen Münzensammlung nur schlecht verwahrt hat und lasse denselben auf meine Kosten mit Schloß und Riegel versehen, so wird der Schluß, auf dem diese Handlung ruht, leicht gebilligt werden; nicht leicht dürfte dies geschehen, wenn ich etwa ein werthvolles Raritätenstück kaufe, weil ich denke, daß es der Freund kaufen würde, und nun, nachdem es ohne meine Schuld verloren, noch Ersatz verlange. Ganz anders liegt der Fall wieder dann, wenn ich mich eines Ge-

alle die Fälle anzuwenden ist, in denen ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Herrn Alles verloren gewesen wäre (cf. Abschn. II. § 4). Für seine Dazwischenkunft muß sich der gestor stets durch den Nachweis sichern, daß er aus äußeren Umständen vermuthen durfte, daß sie im Sinne des Herrn war, lagen diese vor, wie bei einem vom Herrn aufgegebenen Gebäude, so nützt ihm der Nachweis nichts, daß ohne sein Eintreten das Gebäude ganz zerfallen sein würde; der Nachweis, daß ohne sein Eintreten Alles verloren sein würde, gibt erst dann eine von vorn herein gültige Klage, wenn hinzu kommt, daß vermuthlich dem Herrn daran lag, daß nicht Alles, d. h. der vorgefundene verlassene Geschäftskreis, verloren ging, was sehr wohl sich denken läßt, wenn äußere Umstände eine völlige Aufgabe desselben vermuthen lassen. Auf den Nutzen, den der gestor wirklich zugewendet hat (cf. Windscheid, in. fin. der citirten Anm.) dürfte das neg. utiliter gestum in keinem Falle zu stützen sein, denn es beruht nicht auf dem Nutzen oder der Bereicherung des Einzelnen, sondern auf den beiden genannten Grundprincipien. Bei dieser Auffassung der Sache erhält der gestor für Auslagen, welche nicht im Sinne des Herrn waren, Ersatz, wenn er äußere Umstände anführt, die ihn nach zu billigendem Schlusse auf die Handlungsweise des Herrn zum Eintreten überhaupt berechtigten; der Herr hat den Gegenbeweis, daß trotzdem nicht utiliter gerirt worden sei, weil der Eingetretene aus äußeren Umständen auch auf die vom Herrn etwa angewandte Ausführung der einzelnen Handlungen schließen konnte, ein Gegenbeweis, den er freilich nicht nur dadurch führen kann, daß er sagt: »das war nicht in meinem Sinn!« sondern allein dadurch, daß er beweist, daß auch der gestor aus etwas Aeußerem schließen konnte, daß der Herr die Handlung anders ausgeführt haben würde.

schäftes annehme und dabei als Kaufmann Waaren kaufe, die nach dem Geiste des ganzen Geschäftes vermuthlich auch der Herr gekauft haben würde, weil er als Kaufmann wünschen muß, daß das Geschäft vortheilhaft weiter betrieben werde.

Man könnte beinahe vermuthen, daß bei der Beurtheilung der Schlußfolgerung des gestors dem Richter eine hoch-philosophische Aufgabe zugemuthet würde, nämlich den „vermuthlichen Willen" eines Abwesenden zu erforschen, oder vielmehr zu beurtheilen, ob der gestor diese philosophische Operation genügend vollzogen habe. Man könnte behaupten, daß es unter Beobachtung aller äußeren Momente und Erforschung der Individualität eines Menschen möglich wäre, bei jedem gegebenen Verhältniß zu sagen: dies Individuum müßte jetzt so und so handeln, man könnte eine solche Möglichkeit auch bestreiten, je nachdem man eine Freiheit des Willens annimmt oder nicht. Für unsere Frage sind derlei Betrachtungen, so interessant und brennend sie sein mögen, ohne Werth, denn der gestor kann die Individualität des dominus nicht so genau kennen, wenigstens kann ihm gewiß im Interesse aller verhinderten Geschäftsherren nicht zugemuthet werden, daß er nur eintrete, wenn er dieselbe in dieser Weise kennt. Auch soll ja seine Schlußfolgerung nicht dazu dienen, den vermuthlichen Willen des Herrn zu entdecken, sie soll nur dem Herrn die Gewähr bieten, daß alle äußeren Umstände, die auf eine vermuthliche Handlungsweise seinerseits schließen lassen, beachtet werden. Das negotium utiliter gestum dient nicht dazu, einen Willen des dominus herauszuconstruiren, der sich mit dem Willen des gestors vereinigen könnte, sondern es dient dazu, den dominus davor zu schützen, daß ein gestor, ohne darauf zu achten, was er in dem Geschäftskreise vorfindet, nach freier Willkür darin schaltet. Daher ist die Thätigkeit des Richters hier eine zunächst einfach logische wie in anderen Fällen, er hat zu beurtheilen, ob der Schluß, daß der dominus nach den ange-

führten Umständen ebenso gehandelt hätte, Billigung verdient; wenn er dabei auch das Feld der Philosophie mehr berührt als anderwärts, so hat er doch nach dem Hauptfundamente der Klage, dem Interesse aller Geschäftsherren, nur eine zu billigende Wahrscheinlichkeit und nicht eine mathematische Gewißheit — wenn solche möglich wäre — zu fordern.

Daß auch die Römer von der Schlußfolgerung des gestors nur verlangten, daß sie zu billigen sei, folgt unter anderm aus l. 11 Cod. h. t. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more[1]) impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes. Die Worte »utiliter et probabili more« drücken zweierlei aus, einmal sollen äußere Umstände vorliegen, die zu einem Schlusse auf die Handlungsweise der Söhne berechtigen (utiliter), zweitens aber soll dieser Schluß nach freiem Ermessen Billigung verdienen (probabili more).[2])

Dem dominus steht natürlich der Gegenbeweis darüber zu, daß der gestor dennoch nicht utiliter gerirt habe, weil er einen äußeren Umstand aus dem Auge ließ, der seinen Schluß als einen nicht zu billigenden erscheinen läßt: Wenn z. B. der gestor einen Stall reparirt, den der Herr bisher immer für seine Pferde im Gebrauch hatte, und der dominus, nachdem der Stall vor seiner Ankunft abgebrannt, keinen Er-

---

[1] Die Stelle spricht von großjährigen, nicht von minorennen Söhnen; bei letzteren würde die Mutter nur Ersatz der Bereicherung erhalten und würde von einem utiliter gestum nicht die Rede sein können, weil man nicht auf die Handlungsweise eines Mannes schließen kann, der im Handeln beschränkt ist.

[2]) Daß nur ein probabler, kein streng psychologischer Schluß verlangt wird zeigt auch die l. 31 § 7 Dig. h. t. Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur; sed qui sumtus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. Bei den fest vorgeschriebenen Formen des Processes hat freilich das subjective Belieben enge Schranken und ist daher der Schluß auf das vermuthliche Handeln eines Andern leichter probabel zu machen, als anderwärts.

satz geben will, weil der gestor leicht von der gesammten Dienerschaft hätte erfahren können, daß er die Pferde abgeschafft habe und den Stall niederreißen und an dessen Stelle einen Garten anlegen wolle, so wird der Richter, sobald der dominus beweist, was in diesem Falle leicht ist, daß der gestor diesen äußeren Umstand erforschen konnte, den gestor abweisen. Führt der Herr aber einen inneren oder einen äußeren, aber für den gestor nicht erkennbaren Umstand an, beweist er z. B., daß er unterwegs den Willen gefaßt habe, sein ganzes Sclavenwesen abzuschaffen, ja daß er diesen Willen sogar geäußert und einen Brief an einen Freund in Rom gesandt habe, daß aber der Brief leider unterwegs verloren gegangen ist, so wird der Richter dennoch den Schluß des gestors, der einen kranken Sclaven des Herrn heilt, billigen, denn die Nichtbeachtung eines Umstands, den der gestor unmöglich erkennen konnte, ist ihm selbstverständlich nicht zur Last zu legen.

Das Dasein der äußeren erkennbaren Umstände nach den allgemeinen Beweisregeln durch Zeugen ꝛc. zu beweisen wird keinerlei Schwierigkeiten machen. Ob der Schluß des gestors in Folge derselben nicht zu billigen ist, unterliegt, wie nicht oft genug hervorgehoben werden kann, dem freiesten Ermessen des Richters.

§ 5.

Der Wille des Geschäftsherrn in seinem Verhältniß zum negotium utiliter gestum.

Die meisten Schriftsteller, welche die utilitas nach subjectiven Rücksichten bestimmen, gehen von der Anschauung aus, daß der gestor nach dem präsumtiven, vermuthlichen Willen des dominus zu handeln habe, und verwerthen dann diesen Willen zur Construction der negotiorum gestio. Nur Windscheid tritt allen diesen Constructionen entgegen, und nennt sie verfehlt aber auch unnötig (cf. 430 Anm. 17).

Der wirkliche Wille des Geschäftsherrn, den wir zuerst betrachten wollen, kann vor dem Eintreten des gestors für diesen erkennbar geäußert worden sein, ohne sich mit dem Willen des gestors contractlich verbunden zu haben, dann ist er für den gestor ein äußerer, zu beachtender Umstand und eine Stütze für die Schlußfolgerung auf die vermuthliche Handlungsweise. Diese Stütze ist eine stärkere, als die anderen Umstände. Wenn z. B. Jemand seinem Freunde schriftlich den Auftrag gegeben hat, ein Gelddarlehn in Empfang zu nehmen, so hat ein Gläubiger, der aus dem Briefe auf den Willen des Herrn schloß und das Geld lieh, die Geschäftsführungsklage. Cf. l. 31 Dig. pr. h. t. Wenn ferner Jemandem von seinem Freund die Aeußerung bekannt ist, daß er ein Geschäft in der und der Weise abzuschließen wünsche, und derselbe sich in Abwesenheit des Freundes an dies Gespräch erinnert, aber in den Irrthum geräth, er sei speciell dazu beauftragt worden, so ist ihm unter Umständen ebenfalls die Klage zuzubilligen. Cf. l. 5 Dig. pr. h. t. Stimmt nun aber in Wirklichkeit der früher geäußerte Wille des dominus mit seinem wirklichen Willen zur Zeit der Geschäftsführung immer überein? Dies ist durchaus nicht immer der Fall, denn es ist wohl denkbar, daß der dominus indeß anderer Ansicht geworden ist. Ist dies der Fall, ohne daß diese Willensänderung dem gestor erkennbar war, so steht die Schlußfolgerung des gestors mit dem wirklichen Willen in Widerspruch — sie wird aber nur aus diesem Grunde nicht gemißbilligt werden können, weil eben keine Construction eines fremden Willens verlangt wird. Es genügt aber auch nicht einmal immer der früher geäußerte wirkliche Wille, selbst wenn er noch jetzt mit dem wirklichen Willen übereinstimmt. Ist z. B. im Falle der l. 31 D. h. t. der Freund untreu geworden, hat mehrfach unterschlagen, oder steht wenigstens im Rufe dies gethan zu haben, ohne daß der abwesende Herr eine Ahnung davon hat, so wird ihm der gestor trotz der ge-

äußerten voluntas dom. das Darlehn doch nicht geben dürfen. Hier haben wir schon einen Fall, wo ein präsumtiver Wille des dominus gar nicht in der Weise existirt, wie er aus der Schlußfolgerung des gestors sich ergeben müßte, denn es ist zu vermuthen, daß der Wille des dominus noch der frühere war, weil er die neueren äußeren Umstände nicht kannte. Aus den erkennbaren äußeren Umständen hat der gestor auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn zu schließen, diese Schlußfolgerung ist grundverschieden von dem Schlusse auf den vermuthlichen Willen des Herrn!

Man könnte einwenden, daß der dominus wenn er auch nicht die specielle Handlungsweise wolle, doch vermuthlich die Vertretung überhaupt wolle, und daß sich auf diese Weise eine fingirte Vereinigung dieses vermuthlichen Willens mit dem Vertretungs-Willen des gestors construiren ließe. Allein der dominus kann in allen den Fällen nicht vermuthlich wollen, in denen er von einem nach seiner Verhinderung eingetretenen Umstande nichts weiß, der eine Handlung verlangt. Ebensowenig kann man sagen, der dominus würde, wenn er da wäre, vermuthlich die Vertretung wollen, denn wenn er da wäre, würde er selbst handeln.

Es bleibt nur übrig zu sagen: wenn der dominus allwissend wäre, würde er vermuthlich die Vertretung wollen. Demnach beruht der vermuthliche Wille schon auf einer Fiction, und dieser fingirte Wille soll nun durch eine zweite Fiction, die fingirte Vereinigung mit dem Willen des gestors, die n. g. im Princip erklären? — Wir halten dies für unmöglich, da schon eine einfache Fiction unfruchtbar für die Construction ist, wir halten es mit Windscheid für unnötig, weil aus dem Hauptfundamente der Klage, aus dem im Interesse aller Geschäftsherrn und im Interesse jedes Einzelnen geschaffenen negotium utiliter gestum sich das positive Rechtsinstitut vollständig erklären läßt.

In allen den Fällen nämlich, in denen die Gegner durch eine gewagte doppelte Fiction eine contractliche Willensvereinigung herausconstruiren, ruht der Anspruch des Gestors einfach auf dem Hauptfundamente der neg. gestio, auf dem Interesse, welches alle verhinderten Geschäftsherren daran haben, daß sie überhaupt vertreten werden. Dies Gesammtinteresse als Gesammtwille zu bezeichnen wäre wieder eine unfruchtbare Fiction. Wenn einmal die neg. gestio auf eine Willenseinigung zurückgeführt werden soll, so ließe sich diese nur so denken, daß man ein Zusammentreffen des Willens des Staates, welcher im Interesse aller Geschäftsherren den gestor schützt, und will, daß dieser eintrete, und des Willens des einzelnen gestors den Herrn zu vertreten, annimmt. Da hier von einer contractlichen Einigung nicht die Rede sein kann, heißt dies nichts anderes als: der Staat schützt im Interesse aller Geschäftsherren den einseitigen Willen des gestors. Die Gegner, welche diesen Willensschutz nicht in positiven Gesetzesmomenten suchen, müssen das ganze Gebäude der n. g. auf die schwachen Säulen einer doppelten Fiction gründen, um den Quasi-contractlichen Charakter aufrecht zu erhalten. Wollten sie einräumen, daß der Staat die doppelte Fiction nur im Interesse aller Geschäftsherren gutheiße, so wäre hiermit der positive Charakter des Instituts zugestanden, da dann nicht der »vermuthliche Wille« des Einzelnen, sondern der Staatswille die Grundlage bildet.

Es ist an dieser Stelle zu betrachten, welche Wirkung ein von dem Herrn vor seiner Verhinderung ertheiltes Verbot der negotiorum gestio äußert. Die Hauptstelle für diesen Fall ist die bekannte und viel bestrittene lex 24 Cod. h. t. »Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi eorum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum

actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. — Zunächst ist hervorzuheben, daß die Stelle nicht von dem Falle spricht, wo ein dominus überhaupt verboten hätte, daß Jemand für ihn eintrete. Ein solches Verbot würde wirkungslos sein, denn es würde sich nur auf die beziehen können, denen es bekannt geworden; jeder Andere würde mit Erfolg geriren können; aber auch die, denen ein so allgemeines Verbot bekannt geworden, würden dennoch eintreten können, wenn sich aus anderen äußeren Umständen ergibt, daß der dominus so handeln würde wie sie. Obwohl in diesem Falle der wirkliche oder vermuthliche Wille des dominus dahin geht, daß er überhaupt jede neg. gestio mißbilligt, wird dennoch der gestor in Folge seines zu billigenden Schlusses geschützt, denn die neg. gestio ist im Interesse aller Geschäftsherren gegeben, und der Einzelne kann sie nicht ausschließen, weil er Mitglied des Staates ist. — Der Eingang unserer Stelle spricht nun keineswegs von einem allgemeinen Verbote der neg. gestio, sondern von dem Falle, wo der dominus speciell und ausdrücklich einem bestimmten gestor verboten hat, sich in die Verwaltung seiner Geschäfte zu mischen. Es könnte scheinen, als ob hier darüber kein Streit herrschen könnte, daß ein solcher gestor keine Klage habe, denn der wirkliche Wille des Geschäftsherrn ist hier bestimmt geäußert, und sein vermuthlicher Wille wird während seiner Abwesenheit jedenfalls derselbe geblieben sein. Allein dieser vermuthliche Wille ist eben nicht die Grundlage der actio, er ist nur ein äußerer Umstand für die Schlußfolgerung des gestors auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn; es

ist denkbar, daß im Geschäftskreise des Herrn andere äußere Umstände zu Tage treten, welche schließen lassen, daß die Handlung des gestors trotz des früheren Verbots im Sinne des Herrn sei. Nehmen wir z. B. den Fall an, daß ein Gutsbesitzer seinem Nachbar, der ihm früher bei seiner Abwesenheit Gefälligkeiten erwiesen hat, ausdrücklich verboten hat, dieselben ihm wieder zu erweisen, theils weil er sich demselben nicht allzusehr verbindlich machen will, hauptsächlich aber, weil er einen guten Verwalter hat, der ihn ohne Auftrag vertreten kann. Diese Gründe vermuthet der gestor, der Herr hat sie nicht geäußert. Während der Abwesenheit stirbt der Verwalter; weit und breit ist kein Landwirth da, der sich, vielleicht gerade in der Ernte, der Wirthschaft annimmt, und der Nachbar tritt trotz des Verbotes ein, weil er schließt, daß seine Handlungsweise dennoch im Sinne des Herrn sei. Soll dieser Schluß vor dem Richter Billigung finden? Die großen Rechtslehrer der alten Zeit waren nach unserer Stelle darüber nicht einig; die Einen gaben dem gestor die Klage, Andere, unter ihnen Salvius Julianus, versagten sie ihm. Justinian ist der Meinung des Julianus beigetreten und so erhält denn der gestor die Klage nicht.[1]) Die Entscheidung der Controverse ist zu billigen, denn der speciell geäußerte Wille ist hier kein äußerer Umstand, aus dem der gestor auf die vermuthliche

---

[1]) cf. Vangerow, Pandekten III. p. 484: »Der dominus negotiorum darf die Geschäftsführung nicht verboten haben. Zwar nahmen doch einige römische Juristen eine actio n. g. contraria utilis auf Ersatz der nützlich verwendeten Auslagen an, aber die verneinende Meinung von Julian, Pomponius und Paulus, l. 8 § 3 h. t.; l. 40 mand. 17, 1, wurde in einer eigenen Decission von Justinian gebilligt, l. ult. c. h. t., wobei der Kaiser noch die sich freilich auch schon von selbst verstehende Erläuterung hinzufügt, daß ein solches Verbot des dominus natürlich nur von der Zeit an wirksam werden könne, wo es dem gestor bekannt geworden sei.« Voet, Comm. ad Pand. Lib. III. tit. 5 § 11 will dem gestor trotz der erwähnten Stelle die Klage geben, eine Meinung, welche Holzschuher richtig eine unzulässige Willkür nennt.

Handlungsweise des Herrn schließen könnte, der daher durch andere Umstände seine Bedeutung verlieren könnte, er ist vielmehr ein inneres gegen den gestor geäußertes Willensmoment, welches denselben für alle Zeiten von der negotiorum gestio des dominus ausschließt. Er hat gar keine Veranlassung und kein Recht einen Schluß zu ziehen und einzutreten, denn das Verbot des Herrn hat ihn belehrt, daß derselbe ihn nicht als Vertreter will. Es ist für ihn auch gar nicht möglich, darzulegen, daß der Herr das Verbot aus irgend welchen später weggefallenen Gründen gegeben, denn das innere Moment des Willens kann er nicht erforschen. Handelt er trotzdem, so muß er es auf die Genehmigung ankommen lassen, der Herr hat stets das Recht zu sagen: ich habe deine Vertretung nicht gewollt, und mein Wille bindet dich, weil ich ihn gegen dich ausdrücklich geäußert habe.

Das Interesse aller verhinderten Geschäftsherren wird durch das specielle Verbot des einzelnen dominus gegen einzelne etwaige gestoren durchaus nicht berührt; nur bei einem allgemeinen Verbot würde der gestor auch für andere Geschäftsherren nicht eintreten, weil er vermuthen müßte, daß auch diese seine zu billigende Schlußfolgerung durch einen Umstand entkräfteten, den er doch nicht wissen kann. Der Umstand, daß ein einzelner dominus ihm die gestio verbietet, kann ihn nicht abhalten, für andere Geschäftsherren einzutreten. Auch ist ja anzunehmen, daß, wenn ein solches Verbot vorliegt, doch immer im Hintergrunde ein Mißverhältniß zwischen den Parteien obwaltet, welches schon an sich den gestor abhält, einzutreten.

Am Schlusse der interessanten Stelle hebt Justinian noch ausdrücklich hervor, daß das Verbot nur von der Zeit an dem gestor mit Erfolg die gestio verbietet, wo es an denselben ergangen ist. Ist die Schlußfolgerung auf die Handlungsweise des Herrn an sich zu billigen, so müssen trotz des späteren Verbotes die früheren Auslagen ersetzt werden,

der in dem Verbote ausgesprochene wirkliche Wille ist insoweit ohne Bedeutung, weil ihn der gestor vorher nicht wissen konnte. [1])

§ 6.

Das Verhältniß der necessitas zum negotium utiliter gestum.

Die necessitas der Aufopferung wird in den Stellen über die Lehre von der negotiorum gestio so vielfach betont, daß sie nach der Ansicht der Römer in dieser Lehre entschieden eine bedeutende Rolle gespielt haben muß. Wie verhält sich nun die necessitas zum Begriff des negotium utiliter gestum? Das negotium utiliter gestum erfordert nicht eine Schlußfolgerung auf den vermuthlichen Willen, sondern einen zu billigenden Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn, wenn derselbe da gewesen wäre. Damit dieser Schluß gebilligt werden kann, müssen äußere Umstände vorliegen, welche den gestor dazu veranlassen, seinen Willen dazu drängen. Die necessitas ist nun nichts anderes, als die Macht, welche die äußeren Umstände auf das Schlußvermögen des gestors ausüben, es ist eine Kraft, die der Gesammtheit der äußeren Umstände innewohnt. Da nun der gestor im Interesse des einzelnen Geschäftsherrn sämmtliche

---

[1]) Der technische Ausdruck »utiliter« wird im Eingang der Stelle nicht angewendet, sondern es heißt dort licet res bene ab eo gestae sint. Dies hat seinen Grund darin, weil keine zu billigende Schlußfolgerung vorliegt. Dagegen kehrt am Schluß der Stelle, wo von einer solchen Schlußfolgerung die Rede ist, sofort der technische Ausdruck wieder: si utiliter factae sunt. Das dürfte von neuem beweisen, daß »utiliter« ein durchaus technischer, von den objectiven Begriffen »gut« oder »nützlich« gänzlich verschiedener Begriff ist. —

Eine Erinnerung an die alte Controverse unter den Rechtsgelehrten enthält auch die l. 40 Dig. 17, 1: si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

in dessen Geschäftskreis erkennbaren äußeren Umstände erforschen und beachten soll, so ergibt sich, daß der Richter nicht zu fragen hat: War die Handlungsweise des gestors an und für sich notwendig? sondern: Zwangen die äußeren Umstände im verlassenen Geschäftskreis des Herrn den gestor notwendig zu seinem Schlusse? Hieraus folgt aber, daß man nicht davon ausgehen kann, die Notwendigkeit der Aufopferung neben oder über die utilitas zu stellen, sondern daß die necessitas schon im Begriff des negotium utiliter gestum enthalten ist als die zwingende Einwirkung der äußeren Umstände auf das Schlußvermögen, welche vorliegen muß, wenn der Schluß gebilligt werden soll. So ist denn die necessitas allerdings auch in unserem Sinne ein objectiver Begriff, denn die Einwirkung kann der Richter so gut wie der gestor aus seinem Schlußvermögen beurtheilen.

Zwei Irrthümer sind bei dieser Lehre zu vermeiden. Nicht die Handlungsweise des gestors muß notwendig sein, sondern die Schlußfolgerung auf die Handlungsweise des Herrn. Dürfte der gestor schon eintreten, wenn eine objective Notwendigkeit dies zu verlangen scheint, so würde das Interesse des dominus verletzt werden; wer von der Ansicht ausgeht, daß das Erforderniß einer objectiven Notwendigkeit mehr als das einer objectiven Nützlichkeit den dominus vor Willkür schütze, muß zugestehen, daß eine objective Notwendigkeit doch längst nicht ganz davor schützt, denn für jeden anderen Geschäftskreis ist mit Rücksicht auf die besondere Lage und die Auffassungen des Herrn etwas Anderes notwendig; was ich für notwendig halte, kann nach der Ansicht meines Nachbars Luxus sein! So bedeutet auch in unserer Cardinalstelle l. 10 D. h. t. der Ausdruck res non necessaria keineswegs eine objectiv nicht nötige Sache; denn objectiv ist es notwendig, daß ein Gebäude gestützt wird, welches zerfallen will; er bedeutet vielmehr ein Geschäft, bei dem man nicht notwendig schließen mußte, daß den äußeren Umständen

nach der Herr es ausgeführt hätte; diese äußeren Umstände sind hier das Verlassen und Aufgeben des Hauses seitens des Herrn neben dem schlechten Zustande des Hauses, ihre Summe gibt keine Veranlassung, einzutreten und das Haus zu stützen, sie übt keinen inneren Zwang auf den Willen bez. das Schlußvermögen aus, tritt der gestor ein, so unternimmt er etwas nach den Grundsätzen der negotiorum gestio Unnötiges. [1])

Zweitens wird nicht verlangt, daß das Geschäft für den Herrn notwendig sei, es genügt daß es für den Herrn nützlich sei, wenn nur der gestor billig zu dem Schlusse gezwungen werden mußte, daß der Herr das nützliche Geschäft vorgenommen hätte. Dies spricht die l. 5 § 2 D. 15, 3 aus: Quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest Quod jussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit, de in rem verso actio erit (cf. die bekannte l. 3 § 2 eod.). Ja es ist denkbar, daß er auch wegen Verwendungen quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem die actio n. g. hat, wenn er schließen mußte, daß die Verwendungen im Sinne des Herrn waren. Dies folgt aus der l. 3 § 4 D. 15, 3. Dort heißt es, daß, wenn der Sclave, welcher mit erborgtem Gelde das Haus des Herrn mit künstlichen Wandbekleidungen und anderem Schmuck, der mehr Vergnügen als Nutzen bringe, versehen habe, nicht von einer a. de in rem verso die Rede sein könne, weil auch ein Geschäftsvertreter dies nicht würde in Rechnung bringen können, wenn er nicht etwa Auftrag des Herrn oder dessen Willensmeinung für sich gehabt, auch dürfe der Herr dadurch nicht beschwert werden, was er selbst nicht gethan haben würde.

---

[1]) l. 10 § 1 D. h. t. non — utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias aggreditur.

In den letzten Sätzen der Stelle ist die ratio legis enthalten. Bei Aufwendungen quae magis ad voluptatem pertinent wird der Schluß des gestors dann auf schwachen Füßen stehen, wenn ihn nicht ganz in die Augen fallende besondere äußere Umstände unterstützen; die Schlußfolge verlangt um so mehr äußere Umstände um als eine zwingende und zu billigende zu erscheinen, je mehr dem individuellen Belieben Spielraum gelassen ist! Sie wird daher in dem Falle Billigung verdienen, wo ein gestor, welcher sieht, daß an dem Hause des abwesenden Nachbars das Stuckwerk abgerissen ist und dessen Ziergarten vom Sturm zerstört ist, aus dem Vorhandensein dieser beiden Luxusgegenstände und den ihm als Freund bekannten Liebhabereien des Herrn schließt, daß beide auch der Herr repariren würde, und diese Reparatur vornimmt; sie wird aber dann nicht Billigung verdienen, wenn ein gestor das noch nicht fertige Haus des Nachbars mit Stuckwerk schmückt, nur aus dem Grunde weil er meint, was ihm gefällt müsse auch dem Herrn gefallen. Von dem letzteren Falle spricht unsere Stelle, und sie verweigert daher mit Recht die actio contraria.[1])

Daß sich die Notwendigkeit nur auf die Schlußfolgerung des gestors bezieht, ergeben noch folgende Stellen: l. 31 § 7 D. h. t. (sumtus necessarios probabiles), l. 46 D. h. t. (nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te ejus voluntatis esse), l. 18 cod. h. t. und l. 3 § 8 D. 15, 3. Nicht der Ausdruck necessitas, wohl aber die zwingende Macht der äußeren Umstände auf das Schlußvermögen des gestors wird betont in l. 27 D. h. t. (nulla re urgente), und in l. 13 D. h. t. (an iustam causam habuerim).

[1]) Die Grenze zwischen necessaria, utilia und voluptuaria negotia bestimmt sich überhaupt nur nach subjectiven Ansichten und wird oft eine fließende sein; die Anforderung der Notwendigkeit der Schlußfolgerung ist bei allen dreien dieselbe.

Wir verlangen also weder, daß der gestor nach allgemeinen Maßregeln notwendig eintreten mußte (objective necessitas im gemeinen Sinne), noch daß der gestor nur eintreten dürfe, wo der dominus nach seiner Individualität das Handeln für ganz notwendig gehalten haben würde (subjective necessitas auf Seiten des Herrn), noch endlich was sich von selbst versteht, daß der gestor nur handeln dürfe, wo er es nach seiner Individualität für notwendig hielt (subjective necessitas auf Seiten des gestors), sondern wir verlangen, daß die Schlußfolgerung des gestors auf die Handlungsweise des Herrn nach billigem Ermessen notwendig war (objective necessitas im engeren Sinne).

Sollte nun die objective necessitas im weiteren Sinne gar keine Bedeutung für das n. utiliter g. haben? Soweit äußere Umstände vorliegen, aus welchen zu erkennen ist, daß der Herr das nicht als notwendig thun würde, was an seiner Stelle ein Durchschnittsmensch als notwendig thäte, ist die objective necessitas im weiteren Sinne ohne jede Bedeutung, denn sie würde zu einem unbilligen Schluß führen (cf. l. 10 D. h. t.). Wohl aber kann sie dann von Wichtigkeit werden, wenn ich aus den äußeren Umständen schließen muß, daß der Herr so gehandelt haben würde, wie im allgemeinen Jeder handeln würde, in den Fällen also, wo ich sehe, daß seinem Geschäftskreis der Wille fehlt, und ich von diesem Willen nichts andres weiß, als daß es ein freier vernünftiger menschlicher Wille ist. Nehmen wir z. B. an, im Falle der vielcitirten l. 10 D. h. t. habe ein Römer ein neues Haus gebaut, er sei verreist, habe Sclaven und Familie darin wohnen lassen, öfter Nachricht gegeben, aber plötzlich nichts mehr von sich hören lassen. Durch ein Erdbeben wird das Haus baufällig. Der Schade ist im Anfang noch leicht zu heben, und einer seiner Freunde reparirt ihn. Die äußeren Umstände, welche ihn dazu veranlassen, sind: der Neubau des Hauses, das Bewohntsein desselben, die öfteren Briefe des Herrn, das unvorhergesehene

Ereigniß — zusammengehalten mit der Individualität des Römers als eines bonus paterfamilias. Seine Schlußfolgerung ist zu billigen, aber nicht wegen ihrer Notwendigkeit im weiteren Sinne, sondern wegen ihrer Notwendigkeit im engeren Sinne, welche sich mit ersterer allerdings in diesem Falle deckt. Freilich wird in dergleichen Fällen der gestor sich stets zu fragen haben, ob nicht ein Anderer da ist, welcher die Individualität des Herrn besser kennt wie er, und bei dessen Eintritt eine andere Schlußfolgerung hätte eintreten müssen, für welche die necessitas im weiteren und im engeren Sinne nicht identisch war. Dies Erforderniß gilt aber für jeden Fall der gestio, denn es beruht auf der weiter unten zu erwähnenden Sorgfalt, die der gestor anzuwenden hat.

Hat der gestor im Geschäftskreis keine weiteren äußeren Umstände gefunden, als daß der dominus fehlt und daß derselbe ein bonus paterfamilias ist, so mag er bei Geschäften, die nur nützlich sind oder auf das Vergnügen hinauslaufen, die Hand aus dem Spiele lassen. Das, was der Durchschnittsmensch für nützlich oder vergnüglich hält, wird sich selten mit der objectiven necessitas im engeren Sinne decken, weil es den Willen nicht zur Schlußfolgerung nötigt. Schon bei dem obigen Falle, wo sich die objective necessitas im weiteren Sinne mit der objectiven necessitas im engeren Sinne deckt, wird der gestor leicht unbillig eintreten können und der dominus leicht den Beweis führen können, daß es der Vertretung durch den gestor nicht bedurfte, weil ein Anderer da war, der besser eintreten konnte.

Folgendes Schema möge die aufgestellten Grundsätze über das Verhältniß der necessitas zum negotium utiliter gestum verdeutlichen:

I) Objective necessitas im engeren Sinne:
Macht der äußeren, im Geschäftskreise des dominus erkennbaren Umstände, welche den gestor billigerweise zu

einem Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn zu zwingen vermag.

Umfaßt die subjective necessitas, utilitas und voluptas auf Seiten des Herrn, so weit dieselben aus den äußeren Umständen erkennbar sind.

Gibt unter allen Umständen eine von vorn herein gültige actio n. g. contraria.

II) Objective necessitas im weiteren Sinne:

Zwingende Macht der äußeren Umstände auf das menschliche Schlußvermögen und die menschliche Handlungsweise nach allgemeinen, aus der Erfahrung geschöpften Durchschnittsregeln.

Kann mit der objectiven necessitas sub I übereinstimmen.

III) Subjective necessitas:

Zwingende Macht der äußeren Umstände auf den Willen und die Handlungsweise des Individuums.

A) auf Seiten des gestors:

Ohne jede Bedeutung.

B) auf Seiten des dominus:

Nur soweit von Bedeutung, als äußere erkennbare Umstände Dritte auf sie schließen lassen.

Es ist hier nochmals hervorzuheben, daß über das Vorhandensein der necessitas ad I, also über die Billigkeit der Schlußfolgerung, der gesunde Sinn und das freie Ermessen des Richters zu entscheiden hat.

§ 7.

Die Wechselbeziehung zwischen dem negotium utiliter gestum und dem Grundprincip der negotiorum gestio.

Das in der l. 1 D. h. t. ausgesprochene Grundprincip der negotiorum gestio ist der große Nutzen, das Interesse aller Geschäftsherren daran, daß sich Jemand ihrer Geschäfte

annimmt. Neben diesem Grundprincip steht nun das in der l. 2 D. h. t. aufgestellte Erforderniß des negotium utiliter gestum, welches das Interesse des Einzelnen schützt, keineswegs isolirt und unabhängig, beide stehen vielmehr in der engsten Wechselbeziehung; die Wechselwirkung zwischen beiden ist keine mechanische, sondern eine organische! Das Interesse aller Geschäftsherren ist dabei das überwiegende Moment; es macht das sonst unerlaubte Eingreifen in fremde Geschäftskreise überhaupt zu einem erlaubten. Das negotium utiliter gestum beschränkt im Interesse des Einzelnen das erlaubte Eingreifen auf den Fall, wo die äußeren Umstände den gestor billigerweise auf die Schlußfolgerung bringen, daß er im Sinne des Herrn eingreifen könne. Das Interesse des Einzelnen wird daher nicht soweit geschützt, daß sein wirklicher von ihm etwa bewiesener Wille gilt, die Geschäftsführungsklage wird nicht auf die Bereicherung und die Genehmigung gestellt, weil das Interesse des Einzelnen sich dem Interesse aller Abwesenden unterordnen muß. Wie es aber im Interesse Aller liegt, daß vom gestor nichts Unmögliches verlangt werde, sondern nur ein billiger Schluß, und in Folge dessen eine zu billigende Handlungsweise verlangt werde, so liegt dies auch im Interesse des einzelnen Geschäftsherrn, sobald er nicht kurzsichtig nur an den vorliegenden Fall denkt, sondern auch andere Fälle der Zukunft vor Augen hat, denn sein Interesse für diese künftigen Fälle ist dasselbe, wie das Interesse aller Anderen, weil er sich bei dieser Betrachtungsweise als Glied eines organischen Gemeinwesens fühlt.[1]) Auf der andern Seite liegt es wiederum auch im Interesse

---

[1]) Selbst in dem Falle, wo zwei Menschen auf einer einsamen Insel leben und von einem Staatswesen nicht die Rede sein kann, würde der Eine nicht in seinem Interesse handeln, wenn er für ein Geschäft, welches der Andere für ihn vornahm, weil er billig vermuthen durfte, daß es der Herr vorgenommen hätte, keine Auslagen ersetzt und sich auf seinen Willen beruft, denn in künftigen Fällen wird der Andere nicht eintreten.

Aller, daß jeder einzelne Geschäftskreis möglichst so verwaltet werde, wie ihn nach den äußeren Umständen wohl der Herr verwaltet hätte.

Diese rege Wechselwirkung ist erklärlich, weil der Einzelne ein Glied einer organischen Gesammtheit ist. Erklärlich ist auch das Ueberwiegen des Grundprincipes, weil der Einzelne sich der Gesammtheit unterzuordnen hat. Sie erklärt genügend die actio contraria, denn während Andere bei Fällen, wo der dominus von der Notwendigkeit einer Vertretung nichts wissen kann, doch einen vermuthlichen Willen herausconstruiren und fingiren, daß sich dieser fragliche »Wille« mit dem Willen des gestors kreuze, genügt für uns in solchen Fällen die Betonung des Grundprincipes, der magna utilitas absentium, die das Eintreten verlangt.

Daß diese Wechselbeziehung in den Gesetzesstellen besonders betont wird, ergibt die Stellung der beiden Paragraphen über das Grundprincip der negotiorum gestio und die sogenannte utilitas, beide stehen an der Spitze des Digestentitels, beide stehen nebeneinander, und den Schluß des zweiten Paragraphen bildet die Erwägung, daß die aus der Geschäftsführung entspringenden Klagen beide auf der Billigkeit beruhen.

Wir wollen hier, um einem etwaigen Einwande im Voraus die Spitze abzubrechen, uns die Frage vorlegen, ob nicht der Schluß der l. 2 Dig. h. t. darauf hinzudeuten scheine, daß die Billigkeit im Interesse des gestors verlange, daß er, wenn er utiliter gerirt hat, seine Auslagen ersetzt erhalte. In der That ist das Rechtsinstitut der n. g. auch für den gestor ein sehr billiges zu nennen, denn der gestor handelt ja amico animo. Allein diese Billigkeit würde nicht genügen, ein Institut allein zu stützen, welches eine Klage gibt, die ganz vom Erfolg der gestio absieht; der Staat, welcher nur die freundschaftliche Gesinnung um ihrer selbst willen schützen wollte, würde die Grenzen des Rechts verkennen und

in die Moral abschweifen. Der Herr ist Herr in seinem Haus, hier gilt sein Wille und nicht der Wille eines Freundes, den er nicht beauftragt hat. Die magna utilitas absentium ist das Grundprincip, welches das Institut begründet, die Billigkeit, welche es dem gestor zu theil werden läßt, ist nur ein nützliches Nebenproduct.[1]) Daher steht der Schlußsatz der l. 2 cit. an seiner rechten Stelle.

Die actio negotiorum gestorum directa liegt unserer Betrachtung fern. Erwähnt möge werden, daß sie zuweilen eine Delictsnatur zeigt. Wenn nämlich nur die utilitas absentium, nicht aber die utilitas absentis vom gestor beachtet ist, so tritt der Grundsatz in den Vordergrund, daß es unrecht ist, sich in fremde Angelegenheiten zu mischen. Daher findet zwischen der actio directa und contraria keine notwendige Wechselbeziehung statt. In einem gegebenen

---

[1]) L. 1 und l. 2 citt. sind übrigens von verschiedenen Autoren. In der l. 1 stellt Ulpian klar und fest das Grundprincip auf, derselbe Ulpian, welcher in der Cardinalstelle l. 10 D. so geistreich das negotium utiliter gestum behandelt. Die l. 2 von Gajus ist weit schwächer und trifft den Kern der Sache weit weniger als l. 10 Dig. In dieser lex betont nämlich Gajus, daß Jemand, wenn er utiliter die Geschäfte eines Abwesenden geführt hat, obgleich der Abwesende nichts wußte, die Klage habe; es entstehe daher auf beiden Seiten eine Klage. Und in der That, meint er, sei es billig, daß der Geschäftsführer, wie gegen ihn die Klage zustehe, auch eine Klage habe, wenn er utiliter gerirt habe. Dieser Gedankengang hat eine böse Lücke. Am Eingang der Stelle wird die Verwunderung darüber ausgesprochen, daß der gestor die Klage habe, obwohl der dominus nichts davon wisse; diese außercontractliche Natur der Klage hätte nun durch Hinweisung auf das Grundprincip der magna utilitas absentium gerechtfertigt werden müssen. Statt dessen verweist Gajus mit den Worten: Et sane sicut aequum est — ita ex diverso iustum est si utiliter gessit etc. sofort darauf, daß das Institut auch im Interesse des gestors billig zu nennen sei, indem er den Zwischensatz als bekannt voraussetzt. Im corpus juris wird dadurch, daß l. 1. hoc edictum necessarium est quoniam magna utilitas absentium versatur etc. voran steht, jeder Leser gezwungen, den von Gajus ausgelassenen Zwischensatz zu ergänzen, und ist hierdurch ein Mißverständniß der l. 2 cit. ausgeschlossen.

Falle kann die directa wegfallen, in einem anderen Falle kann die contraria nicht begründet sein (cf. Windscheid § 430 Anm. 11). Dies hat seinen Grund zum Theil auch darin, daß die n. g. eben nicht auf einer Willenseinigung beruht, daß sich nicht zwei wechselseitig sich bedingende Willen kreuzen, sondern daß im Interesse der Geschäftsherrn unter Umständen ein einseitiger Wille des gestors geschützt wird.

II. Abschnitt.

Das Verhältniß des negotium utiliter gestum zu den übrigen Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria.

§ 1.

Einleitung.

Es pflegt noch in den neueren Lehrbüchern (cf. Windscheid § 430 sub 2) für die a. n. g. contraria neben der utilitas das Erforderniß des animus negotiorum gestorum gerendi aufgestellt zu werden. Das Erforderniß der absentia des Herrn hat man meistens als besonderes Erforderniß fallen gelassen, und es mit in der utilitas inbegriffen. Beide Erfordernisse erklären sich, wie im Folgenden dargelegt werden soll, aus dem Grundprincip der negotiorum gestio und aus dem daneben im Interesse des einzelnen Geschäftsherrn eingeführten Institut des negotium utiliter gestum.

§ 2.

Das Erforderniß der absentia.

Die negotiorum gestio ruht in ihrem Grundprincip auf dem Interesse, welches alle Geschäftsherren daran haben, daß

sich während ihrer Abwesenheit oder Verhinderung Jemand ihrer Geschäfte annimmt (l. 1 D. h. t.). Hieraus folgt, daß nur dann, wenn der Geschäftskreis des dominus wirklich verlassen ist, von einer neg. gestio die Rede sein kann. Das Interesse des einzelnen Geschäftsherrn verlangt, daß der gestor nur dann eintritt, wenn er aus den vorgefundenen äußeren Umständen billigerweise einen Schluß darauf ziehen mußte, wie der Herr gehandelt haben würde, wenn er nicht verhindert gewesen wäre, und daß er demgemäß handelt. Aus der Wechselbeziehung zwischen dem negotium utiliter gestum und dem Grundprincip der negotiorum gestio folgt, daß dieser Schluß nur dann Billigung verdient, wenn der Herr wirklich abwesend oder verhindert war, daß er dagegen vom Richter nicht gebilligt werden kann, wenn der Herr in der Lage war, das betreffende Geschäft selbst vorzunehmen,[1]) oder einen Vertreter hatte. Eine von vorn herein gültige Klage aus der Geschäftsführung verlangt daher allerdings Verhinderung oder Abwesenheit des Geschäftsherrn, es ist aber nicht nötig, dies Erforderniß als ein besonderes aufzustellen.

Hiernach erklärt sich, daß die Römischen Gesetzesstellen in vielen Fällen die absentia nachdrücklich betonen, in mehr Fällen dieselbe nicht erwähnen, weil sie dieselbe in letzteren als selbstverständlich voraussetzen.

Die Stellen, welche die absentia nachdrücklich betonen, sind zunächst die beiden Stellen über das Grundprincip der negotiorum gestio und über das negotium utiliter gestum, also gerade die wichtigsten Stellen für die Lehre von der von vorn herein gültigen actio contraria. Lex 1 Dig. beginnt: hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur etc.,[2]) lex 2 Dig. sagt: si quis

---

[1]) cf. Windscheid § 430 Anm. 16 a und Ruhstrat Jahrbücher f. Dogm. IX. 3. (1868).

[2]) Die Stelle betont das Interesse aller Abwesenden (absentium).

absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit, vel etiam ipse se in re absentis alicui obligaverit, habeat eo nomine actionem.[1])

Auch in anderen Stellen wird der absentia gedacht, es seien hier nur erwähnt l. 11 D. h. t. si negotia absentis et ignorantis geras, l. 19 D. h. t. § 3 quum me absente negotia mea gereres — und § 5 eod. dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est, l. 31 § 2 eod. litem in iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae eius allegans iudici. In den anderen Stellen wird absentia vorausgesetzt, wie sie auch in der Cardinalstelle l. 10 D. h. t. zu ergänzen ist.

Was haben wir nun unter Absentia zu verstehen? Die Römer gingen von dem Falle aus, daß der Herr wirklich abwesend in weiter Ferne war und mögen zunächst bei ihren fast unausgesetzten kriegerischen Operationen an die Abwesenheit des Herrn im Felde gedacht haben.[2]) Im weiteren Sinne bedeutet die absentia in unserer Lehre jede Verhinderung des Herrn an der Einwirkung auf seinen Geschäftskreis. Daher ist die absentia nicht vorhanden, wenn ein Vertreter vom Herrn ernannt ist und dieser ihn wirklich vertritt, denn in soweit wirkt der Herr durch den Vertreter auf seine negotia; dagegen ist auch der Herr verhindert, wenn der Vertreter verhindert ist, oder seine Stelle nicht ausfüllt. Kann man von einer absentia reden, wenn zwar kein Vertreter,

---

[1]) Die Stelle betont das Interesse des einzelnen Abwesenden (absentis).

[2]) cf. l. 19 § 5 h. t. und l. 8 Cod. h. t. adversus eos, qui negotia tua gesserunt, negotiorum gestorum iudicio civiliter consiste; nec tibi oberit, si propter occupationes militares eam litem tardius fueris exsequutus, quum hoc genus actionis longi temporis praescriptione excludi non possit. (Für den Schluß der Stelle vergl. l. 3 Cod. 7, 39.) Auch heute ist noch die Abwesenheit im Feld ein Musterfall für die Verhinderung des Geschäftsherrn.

wohl aber ein anderer Geschäftsführer eingetreten ist? Der Fall liegt hier insofern anders, als der Herr durch den Vertreter mit seinem Willen einwirkt, während der gestor ohne den Willen eintritt. Dennoch wird der zweite gestor auch hier nicht eintreten dürfen, aber nicht deßhalb, weil keine absentia vorhanden ist, sondern deßhalb, weil der Nachtheil, den diese absentia dem Herrn bringen könnte, schon durch den ersten gestor gehoben ist; der zweite gestor hat das Grundprincip, die magna utilitas absentium, nicht mehr für sich. Der Unterschied zwischen dem Falle, wo die Stelle des Herrn durch einen ernannten Vertreter ausgefüllt wird, und dem Falle, wo ein gestor eingetreten ist, zeigt sich auch darin, daß im ersteren Falle der zweite gestor nur eintreten kann, wenn der Vertreter verhindert ist, denn der Vertreter ist das alter ego des Herrn und dem gestor steht kein Urtheil darüber zu, ob er es nicht etwa besser machen könnte als der Vertreter;[1]) im zweiten Falle dagegen kann der gestor eintreten, sobald er einen besseren Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn zu ziehen vermag, als der erste gestor, denn letzterer ist kein Willensorgan des dominus. Kann man von einer absentia reden, wenn zwar ein besserer gestor vorhanden ist, dieser aber noch nicht eingetreten ist? Die Beantwortung dieser Frage gehört in die Lehre von der diligentia des gestors; eine absentia ist sicher vorhanden, aber der gestor

---

[1]) Der äußere Umstand, daß ein Vertreter mit allgemeiner Vollmacht den Geschäftskreis ausfüllt, muß den gestor schließen lassen, daß der Herr diesem Vertreter freie Hand lassen will, auch wenn sein Handeln von dem Handeln des Herrn abweicht. Immerhin muß aber der gestor schließen, daß der Herr den Vertreter für einen redlichen und vernünftigen Menschen gehalten hat. Handelt daher der Vertreter unredlich und nach allgemeinen Grundsätzen unvernünftig, so wird dem eintretenden gestor eine von vornherein gültige Klage zustehen. Natürlich wird auch hier vorausgesetzt, daß es nicht möglich war, daß der Herr von der Unredlichkeit und Unvernunft seines Vertreters etwas erfahren konnte, und daß ein schnelles Eintreten am Platze war.

kann haftbar werden, wenn sein Eintritt den besseren gestor hindert. Zögert dieser bessere gestor, oder konnte der zweite gestor überhaupt nichts von dem Vorhandensein desselben wissen und erfahren, so steht dem zweiten, wenn er eintritt, die Klage zu. [1])

Die Hinderungsgründe des Einwirkens des dominus auf seinen Geschäftskreis können sehr verschiedene sein, Abwesenheit, Krankheit, oder Nichtwissen eines Umstandes (»absentis et ignorantis«). Abwesenheit allein genügt nicht, es muß hinzu kommen, daß der dominus nicht auf seinen Geschäftskreis einwirken kann. Diese Einwirkung aber ist zu unserer Zeit viel mehr möglich als zur Zeit der Römer. Das Zeitalter der Eisenbahnen, Posten, Telegraphen u. s. w. überwindet in gewisser Weise für das Recht den Raum, und läßt den Willen leichter und schneller in die Ferne wirken als zur Zeit der Römerherrschaft! [2]) Es muß daher billigerweise aus äußeren Umständen zu schließen sein, daß der dominus nicht aus der Ferne einwirken kann. Gewisse Geschäfte werden eine sehr schnelle Erledigung bedürfen, für diese ist der abwesende Herr verhindert, da die Ueberwindung des Raumes mehr Zeit in Anspruch nimmt, als das Geschäft ruhen kann; andere werden mehr Zeitverlauf gestatten, bei diesen darf der gestor nicht ohne weiteres einschreiten; ist der Herr zu erreichen, so wird der gestor in nicht sehr schleunigen Fällen schreiben oder telegraphiren müssen, denn seine Sorgfalt erfordert, daß er sich von der Verhinderung des Herrn überzeuge.

---

[1]) Im praktischen Leben werden sich dergleichen Fälle leicht lösen, da Niemand in fremde Geschäfte eingreift, ohne vorher gründliche Erkundigungen eingezogen zu haben. Die Welt hat an allzugefälligen Nachbarn keinen Ueberfluß, wohl aber an ungefälligen.

[2]) Diese wichtige Aenderung der Lage der Dinge ist meines Wissens noch nirgends genügend betont, dürfte aber für den Richter bei der Beurtheilung der Schlußfolgerung des gestors von der größten Bedeutung sein.

Es lassen sich keine festen Regeln darüber aufstellen, wann eine absentia anzunehmen sei. Es kann möglich sein, daß eine Verhinderung des Herrn anzunehmen ist, obwohl er in derselben Stadt sich aufhält, wenn das Geschäft schnelles Handeln erfordert, es kann möglich sein, daß bei meilenweiter Abwesenheit des Herrn ein Geschäft kein Eingreifen verlangt, weil der gestor aus den äußeren Umständen schließen muß, daß der Herr das betreffende Geschäft später lieber selbst vorgenommen haben würde. Der rechte Tact der Praxis wird hier das Richtige treffen, und mit Recht haben die Römer auch hier eine verderbliche Casuistik vermieden. Der Richter hat sich zu fragen: schloß der gestor richtig, daß der Herr ebenso gehandelt haben würde, wenn er nicht verhindert gewesen wäre? Er hat sich also auch zu fragen, ob der Herr verhindert war? Auch hierüber entscheidet sein freies Ermessen, denn wir haben es mit einer actio bonae fidei zu thun.

Wir wollen hier die vielfach aufgeworfene Frage beantworten: Läßt sich behaupten, daß der gestor stets dann utiliter gerire, wenn er ein Geschäft besser verrichten kann, als der Herr? Wir wollen auch hier ein praktisches Beispiel zu Grunde legen. Ein Pferdehändler äußert zu seinem Geschäftsfreund, er wünsche ein Pferd, dessen Eigenschaften er genau beschreibt, für einen bestimmten Preis zu kaufen, und werde dasselbe bei der ersten besten Gelegenheit erhandeln. Der Geschäftsfreund findet auf dem nächsten Pferdemarkt ein solches Pferd, und erhandelt es für den genannten Preis für den Freund. Das Pferd verunglückt unterwegs durch Zufall. Hat er Anspruch auf seine Auslagen? Es wird auch hier darauf ankommen, ob der Geschäftskreis des Herrn verlassen, ob der Herr verhindert war. Ist dies der Fall, war der Herr krank oder abwesend, oder wußte nichts von der Gelegenheit, so kommt es noch darauf an, ob der gestor billigerweise schließen durfte, daß der Herr gerade dies Pferd gekauft haben würde.

Der Schluß rechtfertigt sich aus den erkennbaren äußeren Umständen im Geschäftskreis des Herrn. Der äußere Umstand, daß der Herr den Kauf einmal wünschenswerth genannt, wird nicht allein genügen, um diesen Schluß im Sinne unserer objectiven Notwendigkeit zu billigen, der gestor wird aus seiner Kenntniß des ganzen Geschäftsverkehrs des Herrn noch andere dringendere Umstände dafür anführen müssen, daß der Herr selbst gerade jetzt das Pferd gekauft haben würde, was ihm in diesem Falle nicht leicht werden dürfte.[1]) Viel leichter wird er Billigung finden, wenn er etwa in Abwesenheit des Herrn für die Erhaltung von dessen Pferden sorgt, denn aus dem Umstand, daß der Herr die Pferde angeschafft hat, kann er schließen, daß er sie erhalten will. Beim Ankauf von neuen Sachen bedarf es einer engen Beziehung zu dem ganzen Geschäftskreis, wenn sie nicht etwa ebenfalls zur Erhaltung schon vorhandener Sachen dienen.

Der Umstand also, daß der gestor etwas besser für den Herrn anschaffen kann, genügt nicht, es muß wirkliche Verhinderung des Herrn und ein objectiv notwendiger und daher zu billigender Schluß seitens des gestors hinzukommen.

Wir haben im Vorstehenden gesagt, daß kein Vertreter des Herrn dasein dürfe, wenn der gestor eintreten wolle; ein Vertreter des Herrn ist auch der Abwesenheitscurator. Er vertritt nicht durch den Herrn den Willen des Herrn, aber der Staat will im Interesse aller abwesenden Herrn, daß er als Vertreter des Herrn gelte. Das Princip für die Abwesenheitscuratel ist also für den Gesetzgeber dasselbe, wie das Grundprincip der actio negotiorum gestorum. Daraus folgt, daß in einem Rechte, wo die Abwesenheitscuratel weiter

---

[1]) Es ist das einer von den Fällen, wo man sich mehr auf die Bereicherung oder Genehmigung verlassen muß, und eine von vorn herein gültige Klage selten entstehen wird.

ausgedehnt worden ist, die Fälle der neg. gestio, vor allem die Fälle, wo es sich um eine Vertretung des ganzen Geschäftskreises handelt, in der Praxis seltener werden.

Im Römischen Rechte wurde vom Staate für das von einem Abwesenden schutzlos zurückgelassene Vermögen cura bonorum angeordnet (cf. Windscheid § 447 Band 2. Anm. 3 und Anm. 5). Der Hauptfall des Römischen Rechts ist der Fall der Abwesenheit der Kriegsgefangenen. Wir nehmen mit Böhlau (Mecklenb. Landrecht p. 102. Buch II. Tit. 2 § 91) an, daß der cura bonorum ab hostibus capti nicht die Abwesenheit, sondern »die, durch die spes postliminii zu einem Schwebezustande abgeschwächte Rechtsunfähigkeit der Kriegsgefangenen« zu Grunde lag.

Der jetzt allein praktische Fall eines räumlich abwesenden (nicht blos suspendirten) Willens (cf. l. 22 D. 42, 5), wenn der Aufenthalt eines Abwesenden unbekannt und kein Vertreter vorhanden ist, gibt dem curator bonorum nur die custodia, nicht die administratio, cf. l. 6 § 4 D. 26, 1.

Im Deutschen Rechte hat sich nun neben dieser Römischen Vermögenscuratel die Vormundschaft über Verschollene gebildet, welche neben dem Interesse des Verschollenen zugleich das seines nächsten Erben schützen soll (cf. Beseler Deutsches Privatrecht B. 1 § 130 p. 549 f. und die dort genannten Quellen). Dieselbe hat in vielen Particularrechten Anerkennung gefunden, und zwar mit den weitgehendsten Modificationen, wie das Mecklenburger Landrecht zeigt (cf. die interessante eingehende Ausführung von Böhlau Buch II. Tit. 4 § 137 ff).[1])

---

[1]) cf. insbesondere Böhlau loc. cit. p. 348 Excurs: »Die Verbildung der mittelalterlichen Erbenfolge in das Vermögen eines Verschollenen zu einer Art höchst anomaler cura ist zwar nur ein Durchgangspunkt der Entwicklung des Deutschen Verschollenheitsrechts gewesen, aber von dem bedingenden Einflusse desselben hat sich auch das heutige gemeine Recht noch nicht völlig losmachen können. Bruns 190 ff. In weit höherem Grade

Ehe wir auf die Behandlung dieser Frage im neuen Preußischen Vormundschaftsrecht eingehen, sei es gestattet, noch einen Blick auf die Entwickelung der Vormundschaft über Abwesende zu werfen. Woher kommt es, daß das Römische Recht einem solchen curator nur die Erhaltung des Vermögens des Abwesenden, nicht aber dessen freie Vermögensverwaltung einräumte? Dernburg meint, das sei aus Furcht vor Mißbrauch des Instituts geschehen (cf. Dernburg: das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 97 p. 254). Dies ist im allgemeinen richtig, muß aber noch weiter erläutert werden. Für die freie Vermögensverwaltung betonten die Römer die utilitas absentis, nur der gestor, der ein negotium utiliter gestum vollbrachte, sollte Anspruch auf Ersatz von vorn herein haben, — das verlangte das Interesse des betreffenden Herrn. Hätte der curator nach allgemeinen Nützlichkeitsregeln handeln und frei verwalten wollen, so wäre das Interesse, die Freiheit des Herrn verletzt worden. Der curator sollte daher nur erhalten (l. 1. § 4 D. 50, 4); während der gestor unter Umständen die freie Verwaltung des ganzen Vermögens führen konnte, war der curator absentis ungeheuer beschränkt.

Das Deutsche Recht kannte anfänglich gar keine Abwesenheitscuratel, es kannte nur eine Einweisung der Erben in das Vermögen eines Verschollenen, die man mit Recht nicht als Vormundschaft sondern als eventuelle Beerbung bezeichnet. Die Erben mußten für den Fall der Rückkehr Caution stellen (cf. Bruns in Bekker und Muther's Jahrb. Bd. 1 S. 90 ff.).

---

ist dieser Einfluß aber im Mecklenburgischen Particularrechte sichtbar. Nachrichtslose Abwesenheit von ganz kurzer Dauer genügt nach demselben unter Umständen zur Einleitung einer Curatel, welche Verschollenheits-Vormundschaft ebensowenig ist, als römischrechtliche cura absentis.«

Wie auf vielen Gebieten, wo das recipirte Römische Recht ihm fremde einheimische Institute traf, Verwirrung entstand, so war es auch auf diesem Gebiet. Die Erbberechtigung wurde bald mit dem Rechte der Vormundschaft verbunden, bald nicht, und so erklärt sich das Auseinandergehen der Particularrechte.

Das Preußische Recht, welches keine Vormundschaft der Erben des Verschollenen kennt, hat nun eine wahre Vormundschaft über Abwesende ausgebildet, und dieses Institut ist durch die V. O. über das ganze Gebiet der Monarchie ausgedehnt worden (cf. Dernburg loc. cit. p. 255).[1] Da wohl zu hoffen ist, daß dies Recht einst Reichsrecht werde, und da ferner hierdurch die neg. gestio sehr eingeschränkt werden, d. h. factisch in der Praxis weit weniger vorkommen würde, sind diese Rechtsprincipien hier näher zu entwickeln.

Zweierlei ist hierbei für uns am wichtigsten, daß schon vor Ablauf eines Jahres aus dringenden Gründen ein Vormund bestellt werden kann, wenn der Aufenthalt des Abwesenden unbekannt ist, und daß schon vor Ablauf eines Jahres, selbst wenn der Aufenthalt bekannt ist, ein Vormund bestellt werden kann, wenn der Abwesende verhindert ist. Die Einleitung kann Jeder beantragen, der ein Interesse zur Sache nachweist (cf. § 82 Abs. 3), die Einleitung kann aber auch von Amtswegen geschehen. Die utilitas absentium wird hier im neuen Rechte viel mehr berücksichtigt als im Römischen. Sie hat den Staat veranlaßt, den Schutz des Interesses der Abwesenden nicht dem amicus animus der gestoren allein zu überlassen, sondern gibt ihnen einen Vormund. So lange dieser Vormund da ist, eintritt und nicht verhindert ist, kann kein gestor mit Erfolg eintreten, — daher ist die Folge, falls die Abwesenheitsvormundschaft richtig gehandhabt wird, daß die Fälle der negotiorum gestio viel seltener werden als im

[1]) cf. A. L. R. II. 18 § 19. V. O. § 82.

Römischen Recht. Eine fernere Folge ist, daß gewohnheitsrechtlich von der Ausbildung des Instituts wenig zu erwarten ist, eine Behauptung, für deren Begründung ich mich auf meine Schrift »der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit« beziehe. Hieraus ergibt sich wieder, daß die Regelung des Instituts in allen seinen Theilen Sache der Reichsgesetzgebung ist, und werden für dieselbe, da das Deutsche Recht keinen Anhalt bietet, die Römischen Sätze die angemessensten sein.

Nach Preußischem Recht darf ein gestor nicht eintreten, wenn ein Vormund ernannt ist und eintritt und handelt. Kann ein Vormund ernannt werden, wenn ein gestor da ist? Gewiß in allen den Fällen, wo er gesetzlich ernannt werden kann! Die utilitas absentis tritt hier im modernen Recht hinter die utilitas absentium zurück, für den Einzelnen ist nach moderner Anschauung genug gesorgt, wenn ein Vormund vernünftig sein Vermögen verwaltet. Dagegen kann ein Vormund nicht ernannt werden, wenn der Abwesende einen Bevollmächtigten zur Verwaltung seines gesammten Vermögens zurückgelassen hat, oder für Geschäfte durch Bestellung eines Bevollmächtigten Vorsorge getroffen hat. Hier gilt der souveräne Wille des Einzelnen, hier wäre eine Einsetzung eines Vormundes keine Verletzung der Römischen utilitas absentis, sondern eine Expropriation eines Stückes der Willensfreiheit, für die hier im Interesse der Gesammtheit keine Veranlassung vorliegt. Nur wenn Umstände eingetreten sind, welche die ertheilte Vollmacht aufheben, oder deren Widerruf zu veranlassen geeignet sind, soll ein Vormund bestellt werden (V. O. § 82 Abs. 1).

Wir haben aus der m. W. noch nirgends betonten factischen Einschränkung des Anspruchs aus dem neg. utiliter gestum durch das Institut der Vormundschaft über Abwesende, wie hier nochmals, um Mißverständnisse zu vermeiden, hervorgehoben werden soll, durchaus keine Einschränkung des Rechts aus dem neg. utiliter gestum ge-

folgert. Der Rechtsanspruch bleibt nach wie vor, er ist möglich nach wie vor, nur wird er factisch seltener vorhanden sein als im alten Rom, dem Abwesenheitsvormünder fremd waren.

§ 3.

Der animus aliena negotia gerendi.

Der Geschäftsführer muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten! Im Interesse aller Abwesenden erhält der gestor, der utiliter gerirt, die Klage; die verlassenen Geschäftskreise sollen nicht verlassen bleiben, Freunde sollen eintreten und sollen für ihr Eintreten eine Klage mit Ersatz-Anspruch erhalten. Hieraus folgt von selbst, daß der gestor aus seinem Geschäftskreis heraustreten muß. Die Geschäftskreise des gestors und des dominus sind nicht concentrisch sondern excentrisch. In dem Centrum des einen steht der gestor, das Centrum des andern ist ohne Herrn, aber aus der geistigen Atmosphäre des fremden Geschäftskreises, aus den äußeren erkennbaren Umständen läßt sich auf den Geist schließen, der diesen Kreis beherrscht. Nachbarn und Freunden wird dieser Schluß am leichtesten werden.

Die Mittelpunkte beider Geschäftskreise sind excentrisch und sollen es bleiben. Der Geschäftsführer, der sich als das zweite Ich des Herrn fühlt, muß sich immer bewußt bleiben, daß er, wenn er aus seinem Kreis beziehentlich aus seinem Geldkasten eine Aufwendung für den Kreis des Herrn macht, dies nicht als Herr seines Geschäftskreises, sondern als negotiorum gestor thut, d. h. als ein Freund, der auf Grund des positiven Instituts der negotiorum gestio sich fremder Geschäfte annimmt, und der in Folge seines Eintretens Ersatz für seine Auslagen erhalten kann.

Aus der Excentricität beider Geschäftskreise folgen zunächst zwei negative Anforderungen: der Geschäftsführer darf erstens nicht die Absicht zu schenken haben. Ein Schenker

steht entweder in dem fremden Geschäftskreis nicht als gestor, sondern steht nur in seinem Geschäftskreis, und gibt aus demselben etwas in den fremden, damit es drin bleibe, oder, wenn der Schenker vorher als gestor eingetreten ist, so betrachtet er im Augenblicke der Schenkung beide Kreise als concentrische. In beiden Fällen ist daher von einem Anspruch auf Ersatz nicht die Rede. Von diesem animus donandi sprechen unter anderen folgende Stellen: l. 12 Cod. h. t. si filius pro patre suo debitum solverit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, quum solveret, fuerit. sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit, und l. 4 Dig. h. t. sed videamus, an fideiussor hic habere aliquam actionem possit; et verum est, negotiorum gestorum eum agere posse, nisi donandi animo fideiussit. [1])

Zweitens darf die Aufopferung nicht in Folge einer juristischen oder natürlichen Verbindlichkeit des gestors erfolgt sein, denn auch in diesem Falle handelt der Fremde nicht als gestor, sondern als Herr seines Geschäftskreises. Die Verbindlichkeit bildet das Band zwischen seinem Geschäftskreis und dem Kreise des Herrn, indem er sie erfüllt, wird das Band gelöst und von einem anderweiten Anspruch ist nicht die Rede, weil jede anderweite Grundlage dafür fehlt. Wir haben oben gesagt, daß Nachbarn und Freunde die besten Geschäftsführer sind. Noch leichter wird die negotiorum gestio für Familienglieder sein; aber gerade bei diesen kommt es sehr in Frage, ob sie als gestoren gehandelt haben oder ob sie in Folge ihrer natürlichen Verbindlichkeit eintreten mußten, oder ob sie endlich schenken wollten. Wir finden über diesen Fall zahlreiche Quellenstellen, [2]) und auch die heutige

---

[1]) cf. Windscheid § 430 Anm. 14.

[2]) cf. l. 27 D. h. t., hier ist der Beweggrund die Liebe zur Schwester — also liegt Schenkung vor, l. 34 D. h. t. hier ist der Beweggrund nicht die Mutterliebe, daher wird die Klage gegeben, l. 1. Cod. h. t. (Pflicht der Liebe), l. 11 Cod. h. t. (Beweggrund nicht die Mutterliebe), l. 13 h. t.

Praxis der Gerichte hat sich vielfach mit demselben beschäftigt (cf. die Anführungen aus Seuff. Arch. bei Windscheid § 430 Anm. 15). Wie steht es, wenn der gestor irrthümlich glaubte, er sei zu der Aufopferung verbindlich? In diesem Falle kann sein Irrthum ihm nicht die actio n. g. contraria geben, denn er ist nicht als gestor eingetreten, sondern handelt von seinem Geschäftskreis aus. Es wird ihm nur die condictio indebiti zuzusprechen sein.[1])

Aus der Excentricität der beiden Geschäftskreise folgt aber auch, und das ist das wichtigere, ein positives Resultat: der gestor muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten. Das Centrum des eigenen Geschäftskreises ist der gestor, im Centrum des Kreises des Geschäftsherrn steht ebenfalls der gestor, aber er ist hier eben als gestor ein anderer, als in seinem Geschäftskreis. Es muß ein Unterscheidungsmerkmal geben, woran man erkennen kann, ob der gestor als gestor handelt, denn äußerlich handelt in beiden Kreisen dieselbe Person. Das Merkmal muß daher ein innerliches, d. h. ein Willensmerkmal sein. Dieser Wille kann nicht dahin gehen: Ich will für den Herrn handeln! diesen Willen theilt der gestor mit Andern, er muß dahin gehen: Ich will jetzt als gestor für den Herrn handeln, d. h. ich will in freund-

---

(Beweggrund die Gattenliebe), l. 15 (Beweggrund die Liebe des Vaters zu seinen Stieftöchtern). Der Richter darf in diesen Fällen nicht ohne weiteres annehmen, daß dies verwandtschaftliche Verhältniß den animus n. g. ausschließt, wie dies l. 34 D. h. t. hervorhebt, auf der andern Seite ist selbstverständlich, daß, wenn bei der Zuwendung kein animus n. g. vorlag, spätere Sinnesänderung diesen nicht zu ersetzen vermag. Nähere Literaturangaben finden sich bei Windscheid § 430 Anm. 15.

[1]) Ebenso Windscheid Anm. 15 cit. Derselbe bemerkt hierzu, es sei der Fall zu unterscheiden, wo der Irrthum sich nicht auf die Verpflichtung zur Aufopferung, sondern auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheit bezieht. Dies ist richtig, denn im letzteren Falle ist der animus n. g. vorhanden.

schaftlichem Sinne für den Abwesenden eintreten, will mir aber dabei die Ersatzansprüche sichern, die das positive Institut der negotiorum gestio mir gewährt. Dies läßt sich nicht besser bezeichnen als mit den Worten: der gestor muß recipiendi animo handeln! Denn hierin liegt ja eben, daß der gestor die beiden Geschäftskreise getrennt halten will, daß der Aufwand aus dem einen zu Gunsten des andern diesem sofort nach Eintritt seines wirklichen Herrn wieder ersetzt werden soll. Die Absicht, die Auslagen vom Herrn wieder zu erhalten, deckt sich mit der Absicht, als gestor zu handeln, und es ist daher eine negotiorum gestio ohne diese Absicht nicht möglich. Die Stellen, welche von dieser Absicht reden, sind l. 13 C. h. t., l. 15 C. h. t., l. 11 C. h. t.

Der animus neg. al. gerendi setzt nur voraus den Willen, als gestor zu handeln, hierin liegt nur, daß man nicht für sich, sondern für einen andern Abwesenden handeln will. Der Wille kann sich hierbei auf einen bestimmten Verhinderten richten. Diese Willensrichtung hat man Contemplation genannt; dieselbe ist am wichtigsten für die actio contraria, welche nicht von vorn herein zusteht, sondern erst durch die Genehmigung begründet wird.

§ 4.

Anhang.

Die Haftpflicht des Geschäftsführers.

Die bei der Geschäftsführung anzuwendende diligentia kann in nichts anderem bestehen, als wiederum in einzelnen kleineren Geschäften. So kann sich z. B. die custodia, mit der ich Geld aufbewahre, nur in einzelnen Geschäften äußern, indem ich entweder das Geld in einen Kasten lege, ein Schloß daran fertigen lasse, das Schloß verschließe, oder indem ich es dem Depositorium in Verwahrung gebe.

Wenn es daher richtig ist, daß der gestor aus den erkennbaren äußeren Umständen zu schließen hat, in welcher Weise der Herr die Geschäfte geführt haben würde, so muß auch der zu prästirende Grad der diligentia zunächst auf diesem Grundsatze beruhen, weil eben die diligentia nur in Gestalt von einzelnen kleineren Geschäften sich denken läßt. Das dies der Fall ist, soll im Folgenden bewiesen werden.

Fragen wir zunächst, ohne auf die Quellen einzugehen, welche Sorgfalt der dominus in seinen Geschäften angewandt hätte? Die selbstverständliche Antwort lautet: Die diligentia quam suis rebus adhibere solet. Fragen wir weiter, welche Sorgfalt er ohne Bedenken genehmigen würde? So folgt aus der Natur der Sache, daß es die Sorgfalt sein wird, welche der seinigen am nächsten kommt. Er kann nicht verlangen, daß Jemand besser die Geschäfte führe, als er sie geführt hätte, er braucht sich aber auch nicht gefallen zu lassen, daß Jemand nach der durchschnittlichen Sorgfalt seine Geschäfte besorgt; in seinem Interesse liegt es allein, daß der gestor die Geschäfte mit der dem Herrn eigenen Sorgfalt führe, da er aber endlich nichts Unmögliches verlangen kann, so darf er nur fordern, daß der gestor nach den vorliegenden Umständen (Gewohnheiten, ähnliche Fälle, Aeußerungen, Gesammteindruck, Liebhabereien, Geschäftspraxis 2c. 2c.) die diligentia erforsche, welche der Herr vermuthlich angewandt haben würde.

In der That verlangt nun das positive Recht nur eine solche Sorgfalt vom gestor. Es ist dieselbe daher nur ein Schattenbild der diligentia quam dominus suis rebus adhibere solet; ihr Gegensatz ist die objective diligentia. Einer besonderen Erwähnung derselben im allgemeinen Theil der Pandekten bedarf es nicht, sie folgt aus dem Begriff des n. utiliter gestum.

Betrachten wir jetzt die einschlagenden Stellen. L. 13 § 1. Dig. 22, 1 sagt: Quaesitum est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras praestare

debeat, quum domius nullam pecuniam foeneravit? Respondit, si eam pecuniam positam habuisset, idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quidquam usurarum nomine praestare. Wenn also ein gestor müßig liegendes Geld im Vermögen des dominus findet, und das im Kasten verschlossen hält, weil der Herr sein Geld verschlossen zu bewahren pflegte, so wird ihn der Herr nicht wegen Zinsen belangen können. Der gestor hat utiliter gerirt, und die äußeren Umstände, auf denen sein Schluß ruht, mußten ihn billigerweise zu diesem Schluß drängen. Man könnte einwenden, daß es die Sorgfalt eines guten Hausvaters erfordert hätte, das Geld nicht müssig im Kasten liegen zu lassen? Dieser Einwand wäre berechtigt, wenn für die diligentia des gestors der Satz an die Spitze zu stellen wäre: »Der Geschäftsführer ist verflichtet bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines guten Hausvaters anzuwenden.«

Es wäre für den Herrn unbillig, wenn man den gestor in erster Linie für die Sorgfalt eines guten Hausvaters haften ließe. Legt der gestor das Geld auf Zinsen an und geht es durch Zufall verloren, und behauptet er dann: Die Uebernahme Deiner Geschäfte war Deinem Willen gemäß, im Einzelnen habe ich mit objectiver Sorgfalt gehandelt! so wird der Herr entgegnen können: Du hast nicht utiliter gerirt, denn Du hast auch bei ins Einzelne gehenden Geschäften in erster Linie aus den erkennbaren Umständen nach meiner Sorgfalt zu forschen und dieselbe anzuwenden!

Diese Anforderung folgt aus dem negotium utiliter gestum, nur dies gibt eine von vorn herein gültige Klage, — ist dies richtig, so muß, wenn der Anforderung nicht genügt ist, die Klage wegfallen. Dies ist aber in der That der Fall. L. 11 D. h. t. sagt nämlich: si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere,

tu nomine eius geras, veluti venales novicios coëmendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur. Hier liegt also der Fall vor, daß der gestor Gelegenheit hatte, die Gewohnheiten des Herrn kennen zu lernen, einen Gesammteindruck zu gewinnen, und dennoch ein Geschäft vornahm quod non sit solitus absens facere. Hier soll er gar keine von vorn herein gültige Klage haben.

Man könnte einwenden, daß es sich hier um ein novum negotium handle, und daß dies von der diligentia verschieden sei. Allein auch diese diligentia besteht nur in der Vornahme von einzelnen Geschäften. Es gilt daher auch für letztere in erster Linie der subjective Maßstab des Herrn.

Hier drängt sich uns die Frage auf, welche Sorgfalt hat der gestor aufzuwenden, wenn er vermuthen darf, daß der Herr das Geschäft im Allgemeinen übernommen haben würde, wenn ihm aber bei ins Einzelne gehenden Geschäften dieses Hauptgeschäfts die äußeren Umstände fehlen, welche ihn zu einem Schlusse führen könnten? [1]) Seine eigene Sorgfalt darf er nicht anwenden, denn er hat sich im fremden Geschäftskreis nicht als Herr im Haus zu geriren. Für grobe Nachlässigkeit allein wird er auch nicht haften, denn er hat zu vermuthen, daß der Herr als Durchschnittsmensch gehandelt haben würde. Der römische Durchschnittsmensch ist aber ein guter Hausvater. Daher ist es ganz gerechtfertigt, wenn das Gesetz den gestor bei der ins Einzelne gehenden Ausführung des

---

[1]) Dies wird meistens der Fall sein und ist es daher erklärlich, wenn die Meisten vom gestor schlechthin verlangen, daß er omnem culpam prästire. Dieser Ansicht ist u. A. auch Holzschuher, er fügt aber hinzu, der gestor müsse nach einer richtigen Erklärung des § 1 J. 3, 27 darthun, soviel Fleiß angewendet zu haben, daß kein Anderer die Sache füglich besser gemacht haben würde. Eine Steigerung der objectiven omnis culpa ist aber nicht möglich, mithin liegt in dieser Aeußerung ein Zugeständniß, welches dahin geht, daß vom gestor noch ein anderer Grad der culpa verlangt werde, als omnis culpa.

Geschäfts vermuthen heißt, daß der Herr mit der Sorgfalt eines guten Hausvaters gehandelt haben würde (cf. vor Allen l. 24 C. 4, 32 »omnem diligentiam« und l. 23 D. 50, 17 »in his quidem et diligentiam«).

Von diesen Regeln gibt es nur eine einzige Ausnahme, mit der es eine ganz besondere Bewandtniß hat. Sie ist in der l. 3 § 9 D. h. t. enthalten: Interdum in negotiorum gestorum actione, Labeo scribit, dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem. Es handelt sich hier um den Fall der bonorum venditio, welche die ganze bürgerliche Stellung des dominus erschütterte.[1]) Hier war ein schnelles Eingreifen ohne ängstliche Ueberlegung geboten, hier mußte das Princip der utilitas absentis zurücktreten. Die Verminderung der Haftung war hier ein Hilferuf an die Geschäftsfreunde des insolventen abwesenden dominus. Wir glauben nicht, daß dieser Fall seiner Eigenthümlichkeiten wegen für andere ähnliche Fälle eine Regel gibt, sondern halten denselben für die einzige Ausnahme. Die Ausdehnung auf alle Fälle, wo ohne Dazwischenkunft des Geschäftsherrn »Alles verloren« gewesen wäre, wie sie Windscheid annimmt, erscheint uns nach Römischem Recht bedenklich. Diese Fälle dürften sich bei dem innigen Zusammenhang der einzelnen Geschäfte eines Geschäftsganges schwer abgrenzen lassen, und der Herr würde leicht zu Schaden kommen. Chambon (p. 105) bezieht die Stelle auf alle Fälle, wo sich der gestor einer Sache annahm, die ohne seine Einmischung untergegangen wäre, und meint, das Moment, welches seine Haftung in diesem Falle verringere, sei die Abwendung des positiven Schadens, welchen der Herr unbedingt erlitten haben würde. Er behauptet, in der Bewahrung vor einem mehr

[1]) cf. Leist p. 127 loc. cit.

oder weniger unersetzlichen Nachtheil liege die Beförderung des höchsten Nutzens. Allein es kommt dabei nicht auf die erfolgte Bewahrung an; bei einer erfolglosen Bewahrung kann aber für den Einzelnen nicht von »höchstem Nutzen« die Rede sein. Wie wollte man ferner im praktischen Leben einen »unersetzlichen Nachtheil« abgrenzen?

Wir haben hier noch eine Stelle zu erwähnen, welche zwar keine Ausnahme von der Regel enthält, die aber der Interpretation eine besondere Schwierigkeit bietet. Wir meinen die l. 22 C. h. t. Negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto casum fortuitum praestare non compelluntur. Die Schwierigkeit liegt darin, daß bei der neg. gestio der Herr verhindert ist auf seinen Geschäftskreis einzuwirken. Man wird mit Chambon (p. 106 f.) annehmen müssen, daß die Stelle daran denkt, daß zwei Personen für den Fall einer in der Zukunft möglichen Geschäftsführung ein specielles Pactum abschließen. In der Praxis dürfte dieser Fall selten eintreten.

Die Römischen Juristen haben es für gut befunden, eine Reihe von Bestimmungen darüber zu geben, wie der gestor das Capital des dominus anlegen solle. Liegt nicht der Fall der l. 13 § 1 D. 22, 1 vor, kann also der gestor nicht aus den äußeren Umständen auf die Sorgfalt, die der Herr in dieser Angelegenheit anwenden würde, schließen, so soll er die Gelder, die er als Geschäftsführer in Händen hat, verzinsen. Es ist dies nichts anderes als eine Interpretation der Sorgfalt eines guten Hausvaters, eine Vermuthung für die Handlungsweise des Römischen Durchschnittsmenschen. Damals wie heute sind eben die Leute selten gewesen, welche ihr Geld unverzinslich in der Truhe verschlossen hielten. In erster Linie müssen die Geschäfte des Herrn von dem vorhandenen Gelde bestritten werden, der Rest ist zinsbar anzulegen. Cf. l. 31 § 3, l. 37 § 1 D. h. t. Die Höhe dieser Zinsen wird sich danach bestimmen, welche Zinsen im gegebenen Falle ein guter

Hausvater erlangen konnte (l. 19 § 4 D. h. t. quas percipere potuimus).

Ferner finden sich im corpus juris Interpretationen der diligentia eines guten Hausvaters in Bezug auf außenstehende Schulden. Klagen kann der gestor nicht, da er nicht legitimirt ist, aber er muß mahnen (l. 20 C. h. t.). Das obstaculum exceptionis ist es, welches die Klage hindert, sobald dies obstaculum wegfällt, tritt das Princip des neg. utiliter gestum wieder in volle Kraft. Es fällt das obstaculum weg, wenn der gestor dem dominus Geld schuldet, hier verwaltet beide Kreise eine Person, eine Klage ist nicht denkbar, der gestor braucht nur das Geld gleichsam aus einem Kasten in den andern zu legen. Daher muß der gestor zahlen, weil der Herr vermuthlich das Geld von ihm eingezogen haben würde. Cf. l. 6 § 12 D. h. t. Der Schluß dieser Stelle zeigt, daß der gestor, wenn er die schuldige zinslose Summe nicht zahlt, Verzugszinsen zahlen muß, weil der dominus, wenn er dagewesen wäre, ihn jedenfalls in Verzug gesetzt hätte; er zeigt aber auch, daß in erster Linie (nisi forte) die diligentia, die der Herr in seinen Angelegenheiten angewendet hätte, gilt, denn wenn der dominus ihm ausdrücklich die Zinsen erlassen hatte, so darf der gestor auf Grund dieses äußeren Umstands vermuthen, daß er seine Ansicht nicht geändert haben würde.

Wie steht es, wenn der gestor während der Verhinderung des Herrn dessen Geld in seinen eigenen Nutzen verwendet? Er begeht in diesem Falle die eigentliche Sünde des negotiorum gestor! Er handelt als ein Gegenstück des gestor utiliter gerens und er muß, wie der ungetreue Vormund, die höchsten Zinsen zahlen (cf. Chambon p. 104. Windscheid § 430 Anm. 8. § 260 Anm. 2).

Wir wollen am Schlusse dieses Abschnitts eine Stelle erwähnen, welche den engen Zusammenhang des negotium utiliter gestum mit der Haftpflicht des gestors recht deutlich an den Tag legt. Sie lautet (lib. III. Titel XXVII Inst.

§ 1 c. f.): Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat: quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Nachdem im Eingang der Stelle das Erforderniß des negotium utiliter gestum betont worden, wird gelehrt, was für eine Sorgfalt dabei vom gestor verlangt werde, nämlich eine exactissima diligentia. Um nun nicht der Vermuthung Raum zu lassen, daß diese die Sorgfalt eines guten Hausvaters sei, wird ausgesprochen, daß der subjectiven Sorgfalt des d o m i n u s möglichst nahe zu kommen sei, sie, nicht die Sorgfalt eines guten Hausvaters, ist das zu erstrebende Ideal. Die Stelle sagt also: Die subjective diligentia, die der gestor in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, genügt nicht, er muß sich danach umsehen, ob ein Anderer etwa der subjectiven Sorgfalt des dominus näher kommen kann als er; ist dieser vorhanden und tritt ein, so muß er diesem das Feld räumen, ist er nicht vorhanden, so muß er versuchen, der subjectiven Sorgfalt des dominus möglichst nahe zu kommen.

Die diligentia quam g e s t o r suis rebus adhibere solet kann als solche nie in Anwendung kommen, sie wäre den Anforderungen der negotiorum gestio entgegengesetzt, denn die Geschäftskreise des gestors und des dominus sollen excentrische Kreise bleiben.

Fassen wir die in diesem Paragraphen gewonnenen Resultate zusammen, so ergeben sich folgende Grundsätze:

1) Der gestor hat in erster Linie (d. h. wenn äußere für ihn erkennbare und schlüssige Umstände vorliegen) eine diligentia anzuwenden, welche der vom Herrn vermuthlich angewandten diligentia am nächsten kommt, diese deckt sich mit den Anforderungen des

n. utiliter gestum und ist daher nicht besonders hervorzuheben.

2) In zweiter Linie (wenn keine weiteren äußeren Umstände vorliegen) hat der gestor die Sorgfalt eines guten Hausvaters anzuwenden.

3) Das Princip des negotium utiliter gestum wird nur einmal durch eine positive Ausnahmebestimmung durchbrochen, welche nicht auszudehnen ist, da sie auf den Eigenthümlichkeiten des Römischen Concursrechts beruht.

III. Abschnitt.

Das Verhältniß des negotium utiliter gestum zur Genehmigung und Bereicherung des Geschäftsherrn.

§ 1.

Die Genehmigung des Geschäftsherrn.[1])

Der gestor hat im Falle des negotium utiliter gestum eine von vorn herein gültige Klage, bei der es weder auf den Erfolg noch auf die Stabilität des Erfolges ankommt. Daher ist im Falle des negotium utiliter gestum für den gestor die Genehmigung des Geschäftsherrn ohne alle und jede Bedeutung. Tritt sie hinzu, so gibt sie ihm einen neuen Klaggrund, aber er hat die actio contraria ebensogut, wenn sie vom Herrn verweigert wird. Ein genehmigtes Rechtsgeschäft und ein

---

1) Eine Zusammenstellung der umfangreichen Literatur über diese Lehre findet sich bei Seuffert p. 7, 8, 9. Das beste Werk dürfte die Seuffertsche Abhandlung selbst sein, auf welche im Folgenden Bezug genommen werden soll. Hier interessirt natürlich nur die erste Ratihabitionskategorie Seufferts, die »Genehmigung« (p. 1 bis 94), während die »nachfolgende Einwilligung« und die »Bestätigung« für unsern Zweck ohne Bedeutung sind. Die strenge Auseinanderhaltung der drei Ratihabitionskategorien ist ein Hauptvorzug der genannten Abhandlung.

negotium utiliter gestum wiegen für den gestor[2]) in Beziehung auf die Wirkung gleich. Der Rechtsgrund beider ist jedoch ein ganz verschiedener. Der Rechtsgrund der actio contraria bei der Genehmigung ist der wirkliche Wille des Herrn, welcher die Geschäftsführung genehmigt, und damit erklärt, aus derselben haften zu wollen, der Rechtsgrund für das negotium utiliter gestum ist die utilitas absentium, welche, wenn die utilitas absentis wahrgenommen ist, eine Klage gibt. Gerade in den Fällen, wo die Genehmigung selten erfolgen wird, in den Fällen des nicht erreichten oder wieder verloren gegangenen Erfolgs der Geschäftsführung, tritt der Anspruch aus dem n. utiliter gestum am klarsten zu Tage.

Es sollen daher im folgenden nur die Hauptpunkte einer Lehre erwähnt werden, die für die negotiorum gestio von größter Bedeutung ist, von der Lehre über das negotium utiliter gestum jedoch nur wenig berührt wird. Die Stelle, auf welche sich zunächst die Gleichstellung eines genehmigten und eines utiliter geführten Geschäfts für den gestor stützt, ist l. 9 D. h. t., in welcher es heißt: quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est. Man hat aus dieser Stelle mit Unrecht folgern wollen, daß beim utiliter gestum n. ein Zwang zur Genehmigung vorhanden sei, eine Willenserklärung kann keine Macht der Welt erzwingen! Für unsere Ansicht fällt diese Behauptung in sich selbst zusammen, da der Rechtsgrund des neg. utiliter gestum außerhalb der Sphäre des wirklichens Willens des einzelnen dominus

[1]) cf. Seuffert p. 38: »Was das Verhältniß zu dritten Personen anlangt, so vermag die utilitas negotii keineswegs dessen Ratihabition zu ersetzen«, und das in Anm. 5 p. 38 genannte Beispiel; cf. ferner Seuffert p. 38 »das Resultat ist, daß die Ratihabition auch im Falle des negotium utiliter gestum keineswegs ohne Wirkung, und daß es daher falsch und auch nicht im Sinne des Römischen Juristen gesprochen ist, wenn man auf Grund der l. 9 D. h. t. eine Verbindlichkeit des dominus zur Genehmigung, beziehungsweise eine fingirte Genehmigung angenommen hat.«

liegt. Ebensowenig darf man auf Grund der l. 9 eine fingirte Genehmigung beim n. utiliter gestum annehmen. Gegen die letztere Annahme spricht, wie Seuffert p. 38 richtig hervorhebt, noch der Umstand, daß für Dritte auch im Falle des neg. utiliter gestum die Ratihabition keineswegs ohne Wirkung ist. Schließlich mag noch hervorgehoben werden, daß ein gestor, der seiner Sache nicht ganz gewiß ist und zweifeln muß, ob seine Schlußfolgerung vor dem Richter Billigung findet, wohl daran thut, sich neben der zweifelhaften Utilität die starke Stütze der Genehmigung zu verschaffen.

A. Wer kann genehmigen?

Man könnte antworten: der dominus negotii, und diese Antwort würde genügen, wenn ein Begriff des negotium alienum sich aufstellen ließe. Dies ist aber nicht der Fall. Nur wenn die Handlung des Geschäftsführers ganz unmittelbar auf das Vermögen einer ganz bestimmten Person einwirkt, so daß kein Anderer diese Handlung als für sich geschehen ansehen kann, wird man von einem negotium eines bestimmten Geschäftsherrn sprechen können.[1]) Eine solche Handlung wird meistens nur in Verwendungen auf eine Sache im Geschäftskreise des Herrn bestehen; wenn ich z. B. ein Haus stütze, das dem X gehört, so habe ich unzweifelhaft ein Geschäft des X geführt. Dieser X allein wird also auch genehmigen können.[2]) Dies spricht l. 6 § 11 D. h. t. aus: Quid ergo, inquit Pedius, si, quum te heredem putarem,

---

[1]) cf. l. 5 § 1 D. h. t., l. 6 § 8, l. 45 § 2 D. h. t. Seuffert p. 17: »Sobald der Einfluß der Geschäftsführung auf das Vermögen einer Person ganz unmittelbar einwirkt, — hat die Genehmigung einer anderen als dieser bestimmten Person, ob es gleich die irrthümlich vom gestor ins Auge gefaßte sei, keine Bedeutung, weil es ihr doch nicht möglich ist, sich das Resultat der Geschäftsführung anzueignen.«

[2]) cf. Seuffert p. 17 welcher diesen Geschäftsherrn passend den objectiven Geschäftsherrn nennt. Cf. ferner Windscheid § 431 sub 3 und Anm. 9.

insulam fulsero hereditariam, tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? Sed non fore ait, quum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.[1]) Das neg. utiliter gestum ist unabhängig von der Genehmigung; kann es gegen den vermeintlichen Erben die Klage geben? Sicher nicht, denn der Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn verdient keine Billigung, weil der vermeintliche Herr nicht Eigenthümer des Hauses ist. Kann in Beziehung auf den wirklichen dominus ein n. utiliter gestum vorliegen? Im vorliegendem Falle nicht, denn der gestor hat einen Andern im Auge gehabt, er hat sich nach den im Geschäftskreise dieses Andern liegenden äußeren Umständen gerichtet, er hat daher gegen den wirklichen Herrn an sich ohne die Genehmigung nur eine Klage auf die Bereicherung (quum hoc facto meo alter sit locupletatus), ist diese nicht vorhanden, so hat er keinen Anspruch.[2]) Es läßt sich der Fall denken, daß der gestor nur den animus aliena negotia gerendi hat, daß er nur ein fremdes Haus stützen will ohne an einen bestimmten dominus zu denken. In diesem Falle fragt es sich, ob es ihm möglich gewesen ist, den dominus zu erforschen, oder andere äußere Umstände aus dessen Geschäftskreis kennen zu lernen; war dies der Fall und er handelte nicht nach dem

---

[1]) cf. noch l. 5 § 1 D. h. t., l. 14 § 1 in fin. D. 10, 3.

[2]) Windscheid sagt »der Geschäftsherr wird im Interesse eines Dritten (d. h. eines Andern als des Geschäftsherrn) aus eignem Antriebe thätig. Hält er dann diesen Dritten irrigerweise für den Geschäftsherrn, so entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht zwischen ihm und dem vermeintlichen, sondern zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn«. Dies ist richtig, aber selbstverständlich dürfen dann keine äußerlich irgendwie erkennbaren Umstände vorliegen, welche den Irrthum des gestors zu einem für die Utilität unentschuldbaren machen, und ihn auf die Handlungsweise des wirklichen Herrn hinweisen mußten, wenn er eine von vorn herein gültige Klage haben will.

hieraus zu ziehenden Schlusse, so hat er die Klage nicht von vorn herein; war dies nicht der Fall, so wird sein Schluß auf die Handlungsweise des alienus dominus Billigung verdienen, und ihm die Klage zu geben sein, vorausgesetzt natürlich, daß ersichtlich kein Anderer da war, der den dominus kannte. Denn wenn äußere Umstände fehlen, so ist auf die Handlungsweise eines Durchschnittsmenschen zu schließen.

Die bei weitem meisten Geschäfte sind aber von der Art, daß sich eine objective Angehörigkeit derselben zu einem bestimmten dominus nicht erkennen läßt. Selbst bei Verwendungen kann man nicht von einem objectiven Geschäft reden, ehe die Verwendung mit der Sache verbunden ist; die Arznei, die ich für einen kranken Sclaven kaufe, kann ich auch für einen Andern kaufen wollen, dem Holz, das ich einkaufe, kann man es nicht ansehen, ob ich gerade ein bestimmtes Haus damit stützen will! In diesen Fällen entscheidet nur die Willensrichtung des gestors. Dieselbe hat eine negative Seite, der gestor will nicht in seinen Geschäften thätig sein, animus negotia aliena gerendi, und eine positive Seite, der gestor will für einen bestimmten Herrn thätig sein, contemplatio domini.[1]) Ohne die negative Richtung ist der gestor kein eigentlicher gestor; die contemplatio kann fehlen.

Die contemplatio zusammen mit dem animus negotia aliena gerendi oder letzterer allein, und auf der anderen Seite die Genehmigung des Herrn, stellen ein Zusammentreffen von zwei Willen dar. Der gestor will für den Herrn als gestor handeln, der Herr will sich als dominus negotii behandeln lassen indem er die gestio acceptirt.[2]) Es ist gleichsam ein Anerbieten der negotiorum gestio und eine Annahme desselben vorhanden. Weil eine negotiorum gestio

---

[1]) cf. Seuffert p. 15.

[2]) Die Genehmigung ist daher eine einseitige Handlung, eine Acceptation der Acceptation wäre ein Unding. cf. hierzu Seuffert p. 39 und p. 40.

angeboten und acceptirt wird, ist die Klage aus dem Rechtsgeschäft auch nach der Ratihabition noch immer die actio negotiorum gestorum.[1]) Von einer Verwandlung in ein Mandat kann keine Rede sein, wie l. 9 D. h. t. ausdrücklichst erklärt: nam utique mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

Weil aber der gestor im Falle der Ratihabition volle Schadloshaltung für alles das erhält, was er für den Herrn thun wollte, so daß es gerade so aussieht als habe er vom Herrn einen Auftrag erhalten, wird der gestor von den Römern in diesem Falle mit einem Mandatar verglichen, cf. l. 12 § 4 D. 46, 3 rati enim habitio mandato comparatur. In dem fragwürdigen und berüchtigten Titel der Pandekten de diversis regulis iuris antiqui, in welchem die Römer so recht gezeigt haben, daß Abstractionen allgemeiner Rechtsregeln nicht ihre Sache war, findet sich eine Stelle, l. 60, welche behauptet, es verwandle sich die actio neg. g. in eine mandati actio: semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. Die erste hier aufgestellte Regel ist in dieser Allgemeinheit falsch. Auch die zweite ist unrichtig, und wir dürfen mit Seuffert[2]) annehmen, daß auch hier der Jurist nur die Wirkung der Genehmigung mit dem Mandate vergleichen wollte.

Es werden in den Stellen die praktischen Fälle besprochen, wo die objective Angehörigkeit eines Geschäfts mit der subjectiven contemplatio sich nicht deckt. Wir haben gesehen, daß

---

[1]) Vangerows Meinung geht dahin, daß nach erfolgter Ratihabition zwar wohl der dominus negotiorum sich auch für die vorhergehende Zeit als Mandant behandeln lassen muß, und die actio mandati contraria gegen ihn angestellt werden kann, daß sich dies aber in Betreff des negotiorum gestor anders verhält, und gegen diesen also immer nur die actio negotiorum gestorum directa gebraucht werden darf. Cf. Vangerow Pand. III. p. 486.

[2]) cf. Seuffert pp. 50, 51, 52. Dankwardt die neg. gestio p. 22.

im Falle des wirklichen objectiven negotium alienum nur der objective Geschäftsherr ratihabiren kann, und nur in Beziehung auf ihn utiliter gerirt werden kann. Wo dagegen kein wirkliches objectives neg. alienum vorliegt, wie in den Fällen der l. 6 § 9 und § 10 D. h. t., d. h. wo das Geschäft nicht schon an sich als einem ganz bestimmten Herrn gehörig erscheint, da kann auch der subjective dominus ratihabiren (cf. Seuffert pp. 18. 19). Ein negotium utiliter gestum für den subjectiven dominus wird hier selten vorliegen; im vorliegenden Falle z. B. konnte der gestor möglicherweise leicht erfahren, wem der Schuldner schuldig war, oder wer Erbe war, ein äußerer Umstand, den er beachten mußte.[1])

Es sind an dieser Stelle die Fälle zu erwähnen, wo der animus aliena negotia gerendi ganz fehlt, wo also der gestor seine Geschäfte führen wollte, die jedoch gar nicht die seinigen waren, sondern einem Anderen zukamen. Diese Fälle zerfallen in zwei Classen:[2])

a) Jemand behandelt ein fremdes Vermögen arglistig als eigenes,

b) Jemand behandelt ein fremdes Vermögen irrthümlich als eigenes.[3])

Von dem Falle sub a handelt l. 6 § 3 D. h. t. Sed et, si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam

---

[1]) Möglich ist ein negotium utiliter gestum aber auch hier. Cf. Windscheid Anm. 10 § 431. Fallen die Geschäfte, wenn auch nicht unmittelbar, in den Geschäftkreis eines Dritten, den der gestor nicht im Sinn hat, so kann, da hier sogar der animus aliena neg. gerendi fehlt, nicht von einem negotium utiliter gestum die Rede sein, ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist wohl mit Windscheid (Anm. 11 loc. cit.) anzunehmen.

[2]) cf. Seuffert p. 21.

[3]) Die eigenthümliche actio in factum des eingewiesenen Gläubigers möge hier unerwähnt bleiben. Cf. Windscheid § 431 Anm. 14.

meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo, studet. Sed nihilominus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. — Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. Die actio n. g. directa hat also der dominus, dagegen hat der gestor keine von vorn herein gültige Klage, weil kein negotium utiliter gestum vorliegt. Es fehlt die Hauptbedingung für die utilitas absentium, das Eintreten für einen fremden Geschäftsherrn, und es fehlt die Hauptbedingung für die utilitas absentis, das Handeln im Sinne dieses Herrn. Der improbus negotiorum gestor ist der Gegensatz des gestor utiliter negotia gerens. Sein Anspruch stützt sich daher nicht auf das Princip des negotium utiliter gestum, sondern auf die condictio sine causa, er hat nur Anspruch soweit der dominus noch jetzt bereichert ist. Auch im Falle sub b hat der gestor nur einen Anspruch auf die Bereicherung, da auch hier ein neg. utiliter gestum nicht vorkommen kann. [1])

Der Fall, wo der Theilhaber eines mit einem Andern gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes sondern für seinen Antheil und zugleich für den Antheil des Genossen thätig wird (cf. Windscheid § 431 sub 4 a), gehört nicht hierher, denn in diesem Falle handelt der gestor nicht in seinem Interesse (cf. l. 6 § 2 D. 10, 3 und die bei Windscheid p. 623 Anm. 13 citirten Stellen). Der Theilhaber trennt in seinem Geiste die Antheile, für seinen Theil handelt er als dominus, für den andern Theil mit dem animus aliena negotia gerendi. Will er für dieses Handeln für den andern Theil eine von vorn herein gültige Klage haben, so darf er nicht gelegentlich bei Veranlassung

[1]) cf. Windscheid § 431 Anm. 15, 16, 17, 18. Seuffert p. 21. Das Nähere wird im folgenden Paragraphen ausgeführt werden.

der eigenen Aufwendung für den Andern mitgesorgt haben, sondern er muß durch äußere Umstände zu dieser Handlung im Sinne des Andern genötigt worden sein. [1])

B. Welche Wirkung hat die Genehmigung?

Die Genehmigung gibt dem gestor volle Schadloshaltung vom Ratihabenten. Daraus folgt, daß sie beim negotium utiliter gestum ohne Wirkung für den gestor ist, in anderen Fällen aber factisch die gleiche Wirkung wie jenes hat. [2]) Das wird daher stets der Fall sein, wo nur ein Anspruch auf Bereicherung oder ein negotium non utiliter oder gar male gestum vorliegt. Ihren Grund hat diese Erscheinung darin, daß der Herr unumschränkt in Folge der Willensfreiheit das genehmigen kann, was der gestor für ihn gethan hat. Indem wir hier das Gebiet des wirklichen Willens betreten, entfernen wir uns von dem vorliegenden Thema und müssen

---

[1]) Der animus aliena negotia gerendi allein genügt nicht, wie Windscheid p. 624 Anm. 13 a annimmt. In allen anderen Fällen ist mit Ihering Jahrb. f. Dogm. X. S. 334 ff. und Eck »die doppelseitigen Klagen« S. 135 f. anzunehmen, daß die a. neg. gest. ihrer wahren Natur nach eine Gemeinschaftsklage sei. Nur beim negotium utiliter gestum, welches auch hier möglich ist, ist eine Ausnahme zu machen, weil die Klage hieraus auf ganz anderen Grundlagen beruht.

[2]) Diese Gleichheit der Wirkung ruht aber nicht etwa auf einer Einheit des Princips, wie schon früher erwähnt wurde. Seuffert, der im wesentlichen derselben Ansicht ist, der aber leider keine Veranlassung gefunden hat das »Princip der utilitas« klar zu legen, sagt p. 48: »Bei derjenigen Geschäftsführung, welche schon vermöge ihrer hohen utilitas den gestor zur vollen Entschädigung berechtigt, kann in dieser Richtung eine Steigerung durch die Genehmigung nicht herbeigeführt werden.« Wir nehmen an den Worten »hohe utilitas« und »Steigerung« Anstoß. Das negotium utiliter gestum ist immer nur eines, eine hohe und eine niedere utilitas gibt es nicht, entweder verdient der Schluß des gestors Billigung oder er verdient keine. Ferner kann die Genehmigung überhaupt nicht steigern, und etwa ein male gestum negotium zum utiliter gestum erheben; sie kann nur, wenn sie erfolgt, die gleiche Wirkung ausüben, sie übt aber diese Wirkung aus einem ganz anderen Princip, aus der Kraft des freien acceptirenden Willens des dominus.

das Einzelne[1]) über die hier streitigen Fragen in dieser Monographie übergehen.[2])

§ 2.

Die Bereicherung.

Der gestor, welcher utiliter gerirt, hat einen Anspruch auch wenn das beabsichtigte Geschäft nicht zu Stande gekommen ist oder der Erfolg später wieder durch Zufall untergegangen ist, denn dieser Anspruch gründet sich nicht auf die Bereicherung.[3]) Daraus folgt, daß, wenn bei einem nicht utiliter geführten Geschäft dennoch eine Klage gegeben wird, soweit der Herr gegenwärtig noch bereichert ist, eben diese Bereicherung einen selbständigen Rechtsgrund für die actio n. g. contraria bilden muß.[4]) Die Betrachtung dieses Rechtsgrundes liegt jedoch unserem Thema noch ferner als die der Genehmigung,

---

[1]) Noch erwähnt möge werden: a) Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft (Seuffert p. 69 bis 73). b) Theilweise Genehmigung ist für das heutige Recht nicht gestattet (Seuffert p. 79 bis 93). Das folgt schon daraus, daß die Geschäftsführung als Ganzes vom gestor angeboten wird, weil das Institut der Geschäftsführung nur als ein Ganzes gedacht im Interesse des dominus eingeführt worden ist, und ihm nur als solches nützen kann. c) Der Anbietungswille des gestor kann unter Umständen weiter gehen als sein Wille beim negotium utiliter gestum; genehmigt der Herr, so haftet er, kraft der Willensmacht, soweit als der gestor für ihn handeln wollte, also weiter, als er beim negotium utiliter gestum haften würde. Cf. Seuffert p. 56: »Wie die Berufung zur Geschäftsführung entweder durch Mandat oder durch Dienstmiethe geschieht, so erzeugt auch die nachfolgende Genehmigung des Geschäftsherrn ein entweder dem Mandate oder der Dienstmiethe analoges Verhältniß zwischen gestor und dominus«. Auch hierin zeigt sich wieder die Verschiedenheit des Princips der Genehmigung und der utilitas und die Unzulässigkeit des Versuchs, eines aus dem andern durch Fiction zu erklären.

[2]) Neuere Gesetzgebungen werden besprochen bei Seuffert p. 56, 57, 58.

[3]) cf. l. 10 § 1 l. 12 § 2 l. 22 D. h. t.

[4]) cf. Wächter p. 352 ff., welcher aus dem Grundsatz nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ebenfalls einen von unserm Anspruch scharf zu trennenden Anspruch herleitet.

denn die Genehmigung vermag unter Umständen einen Anspruch zu geben, welcher mit dem Anspruch aus dem neg. utiliter gestum factisch sich deckt, die Bereicherung jedoch bildet mit letzterem keinerlei Vergleichungspunkte.

Erwähnt möge hier nur werden, daß ein Anspruch aus der Bereicherung sowohl entsteht, wenn animus negotia aliena gerendi vorlag aber kein negotium utiliter gestum vorhanden war, ein Fall, welcher mit dem negotium utiliter gestum also wenigstens ein Erforderniß gemeinsam hat,[1]) als auch dann entsteht,[2]) wenn der animus aliena negotia gerendi fehlt, ein Fall, der außerhalb jeder Vergleichung mit dem n. utiliter gestum liegt, und eigentlich in das Condictionenrecht gehört. Die einzelnen sich hieran knüpfenden Streitfragen müssen hier einer besonderen Abhandlung über die Geschäftsführungsklage auf Grund der Genehmigung und auf Grund der Bereicherung vorbehalten bleiben.[3])

[1]) cf. l. 3 § 4 D. 15, 3. Windscheid § 430 Anm. 23: »aber man bemerke wohl: er braucht auch nur das in seinem Vermögen wirklich Befindliche herauszugeben, nicht aber statt desselben seinen Werth!«

[2]) cf. l. 6 § 3 D. h. t. in fin; l. 49 D. h. t.; l. 14 § 11 D. 11, 7; l. 32 pr. eod.; l. 50 § 1 D. 5, 3 und Windscheid § 431 Anm. 15, 17, 18 § 424 Anm. 1 a. E. § 422 Anm. 4b. § 421 Anm. 17.

[3]) cf. vor allem »die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts von Dr. Hermann Witte, Halle 1859.« Erwähnt sei hier nur, daß u. E. an Wittes Regel, daß zur Begründung einer Klage unter dem Gesichtspunkt der neg. gestio Führung fremder Geschäfte mit der Absicht den dom. neg. zu verpflichten, erforderlich sei, streng festzuhalten ist (cf. p. 23 loc. cit.). Auf die geistreiche Erklärung der Ausnahme im Interesse des bonae fidei poss. hered. näher einzugehen, ist hier nicht der Ort. Kämmerer will in seiner citirten Schrift dem hered. possessor wegen seiner Gegenforderung nicht unbedingt eine Klage verstatten, sondern nur in ganz speciellen Fällen, wo der Anspruch zur Vermeidung eines »nutzlosen Umwegs« gegeben werde (cf. p. 347 p. 348 ff. loc. cit.). Ueber die von ihm »mit einigem Schein Rechtens« zugelassene actio in factum cf. pag. 361 loc. cit. Die älteren Schriftsteller ließen meist eine utilis actio, auch wenn die Absicht den dom. zu verpflichten fehlte, ohne weiteres zu, so z. B. Stryk, Lauterbach, Hellfeld, Strube und Glück. Doch fehlte es schon früher nicht an Gegnern, unter welchen sich der gewichtige Name des Cujas befindet.

§ 2[b].

Die Haftung handlungsunfähiger Geschäftsherren.

An die Lehre von der Geschäftsführungsklage aus der Bereicherung knüpft sich die Lehre von der Haftung handlungsunfähiger Geschäftsherren. Diese sollen nämlich nur soweit haften, als sie noch bereichert sind. Das heißt mit andern Worten: Gegen handlungsunfähige Geschäftsherren ist von den drei Rechtsgründen der actio n. g. contraria: der Genehmigung, der Bereicherung und des Princips des negotium utiliter gestum der letztere ausgeschlossen. Gerade der typische Rechtsgrund der negotiorum gestio soll gegen Handlungsunfähige keine Geltung haben! Diese Bestimmung ist eine so auffallende und interessante, daß sie einer längeren Besprechung an dieser Stelle bedarf, zumal da sie eine nicht geringe Stütze für das von uns aufgestellte Princip der Utilität bietet.

Die Stellen, welche diese Ausnahme aufstellen, sind l. 6 pr. D. h. t. Si pupilli tui negotia gessero, non mandatu tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum; sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus.

l. 37. pr. D. h. t. Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cujus patitur actionem.[1]) Hierher gehört ferner auch die l. 3 § 5 D. h. t. (cf. Windscheid § 430 Anm. 24). Obwohl nicht in der Stelle ausgesprochen wird, daß der furiosus nur bis zur Bereicherung hafte, ist dies doch aus der Stellung dieser Stelle zu entnehmen. Ja wenn die Stelle nicht existirte, müßte doch, wie aus dem folgenden erhellen wird, die Bestimmung für den

---

[1]) Es kommt hierbei auf den Zeitpunkt an, wo der gestor die Geschäftsführung angefangen hat, es ändert nichts, wenn der Mündel nach dem Anfang der Geschäftsführung großjährig wird, cf. l. 15 D. 3, 5.

pupillus auch auf den furiosus ausgedehnt werden. In den bisher genannten Stellen wird nicht gesagt, aus welchem Grunde die Ausnahme gemacht worden ist. Diesen Grund nennt die wichtige l. 2 C. h. t: Contra impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem, ex utilitate ipsorum receptum est. Die utilitas für die Gesammtheit der Pupillen hat es erfordert, daß dieselben nur bis zur Bereicherung haften.[1]) Worin liegt nun diese utilitas? Die Antwort ist nicht leicht, denn für alle andern abwesenden Geschäftsherren soll die utilitas gerade darin liegen, daß sich Jemand ihrer Geschäfte annimmt, diese utilitas ist für sie so groß, daß es gar nicht darauf ankommt, ob sie bereichert sind, sondern daß der gestor eben wegen dieser utilitas die Klage erhält.

Für die Pupillen wird nun gerade das Gegentheil bestimmt, und mit gutem Grunde! Für die Gesammtheit der abwesenden Geschäftsherren war schlecht gesorgt, die Abwesenheitscuratel lag im Argen, auf Eingreifen von Freunden war nicht zu rechnen, wenn diese es auf die Genehmigung oder den Erfolg ankommen lassen mußten, ob sie etwas erhielten. Ganz anders lag die Sache für die Pupillen! Diese standen unter Vormundschaft und der Vormund stand wieder unter Aufsicht des Staats. Fehlte der Vormund, so mußte ein Anderer ernannt werden, war er nachlässig, so haftete er aus der Vormundschaft. Für die Pupillen war also das Grundprincip der negotiorum gestio,

---

[1]) cf. Wächter 348 ff. »Selbst bei Unmündigen, welche als Geschäftsherrn nur beschränkt haften, wird das Haften für das in quantum locupletiores facti sunt zunächst nicht auf eine aequitas in Beziehung auf den gestor — gestützt, sondern auf die utilitas pupillorum.« Die Ausnahme in Betreff der Unmündigen bestreitet eine wohl vereinzelt dastehende Ansicht von Thomasius (cf. Diss. de pseudo-privilegio pupilli conventi actione contraria neg. gest.).

die utilitas absentium nur in beschränktem Maße da, daher war es für sie auch nicht so notwendig, sie einem von vorn herein gültigen Anspruch auszusetzen, der sie im Interesse der Gesammtheit in die Lage bringen konnte, für eine erfolglose Geschäftsführung zu zahlen. Daher ließ sich ferner mit Recht sagen, daß es in ihrem eigenen Nutzen lag, für sie von der Regel eine Ausnahme zu machen.[1])

Allein auch die utilitas absentis, welche ja mit der utilitas absentium in der engsten Beziehung steht, war bei dem Pupillen eine andere, als bei den Uebrigen. Von dem Handlungsunfähigen ließ sich nicht vermuthen, wie er nach seiner Persönlichkeit in einem gegebenen Falle handeln würde, es lagen keine äußeren Umstände, keine Praecedenzfälle vor, aus denen sich ein Schluß hätte ziehen lassen, ja es fehlte die Hauptvoraussetzung dieses Schlusses, ein geschäftsfähiger Herr. Daher konnte dieser Schluß vom gestor überhaupt nicht gefordert werden. Es konnte kein negotium utiliter gestum vorkommen.

Nichtsdestoweniger wird in der Stelle der Ausdruck utiliter gebraucht. Allein da hier das Princip der utilitas absentis verlassen ist und der ganze Anspruch auf die Bereicherung gestellt wird, so kann das Wort »utiliter« hier nicht die technische Bedeutung haben. Es soll durch den gleichgewählten Ausdruck nur gesagt werden, daß, wie die utilitas absentis Beachtung aller äußeren im Geschäftskreis des Herrn vorliegenden Umstände, eine billige Schlußfolgerung hieraus und eine Handlungsweise nach derselben verlangt, so die utilitas pupilli nur verlangt, daß Jemand durch dringende Gründe

---

[1]) Der Ausdruck utilitas ist in dieser Stelle kein zufällig gewählter. Die utilitas aller verhinderten Pupillen ist eine andere, als die utilitas der andern abwesenden Geschäftsherrn. Da nun diese utilitas das Princip der Ausnahme ist, so verdrängt es das Princip der Regel, die utilitas absentium, und scheidet damit den ganzen Kreis der Pupillen aus dem Herrschaftsbezirk der aus jenem Grundprincip abstrahirten Regeln aus.

der Notwendigkeit getrieben nach dem Ermessen eines verständigen Hausvaters das Interesse des Pupillen wahrnimmt.

So unterstützt die Ausnahme die von uns aufgestellte Regel.

Was endlich die schwierige Frage nach der Zeit der Entstehung der Klagen aus der Geschäftsführung ohne Auftrag betrifft, so wagen wir es der Vermuthung uns anzuschließen, daß die actio directa und contraria möglicherweise nicht gleichzeitig entstanden sind, denn beide stehen in keiner engen Wechselbeziehung.

Von den drei Rechtsgründen der contraria actio: dem n. utiliter gestum, der Genehmigung und der Bereicherung, wurden die beiden ersten wohl zu gleicher Zeit anerkannt, zumal da ihre Wirkung unter Umständen factisch für den gestor dieselbe ist. Der Rechtsgrund der Bereicherung mag vielleicht später in das Rechtsinstitut hineingezogen worden sein.

§ 3.

Anhang.

Die funeraria actio.

Die in der Ueberschrift genannte Klage beruht auf einem anderen Princip als die negotiorum gestio. Daher kann bei ihr von einem negotium utiliter gestum nicht die Rede sein. Die actio funeraria [1]) theilt mit der Geschäftsführung zwar den Grundsatz, daß der Berechtigte derjenige ist, welcher die Beerdigung besorgt hat, ohne dazu verpflichtet zu sein, und daß er ferner vollständigen Ersatz für Alles erhält, was er auf die Bestattung des Leichnams verwendet hat. Auf der

[1]) Dig. XI. 7 Cod. III, 44 de religiosis et sumtibus funerum. Cf. C. Dietzel de actione funeraria commentatio 1853. Walther, über Leichenbestattungskosten nach heutigem R. R. in Lindes Zeitschrift N. F. XVII. 13.

andern Seite geht aber diese Klage weit über das Princip der actio neg. gest. hinaus.

Sie wurde nämlich 1) auch gegen das Verbot des zur Beerdigung Verpflichteten gegeben (cf. l. 14 § 13 D. 11, 7).[1]) Dem Princip der negotiorum gestio gemäß müßte hier die Klage versagt werden, denn der Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn, nach welchem der gestor handelt, verdient dann keine Billigung, wenn der Herr durch ein Verbot den gestor ausgeschlossen hat. Allein dies Princip soll, wie die Gesetze klar und deutlich aussprechen, hier nicht zur Anwendung kommen. In der l. 14 § 13 cit. heißt es nämlich: Nonne aequum est, mihi funerariam competere? Et generaliter puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis natura indulget. Die Natur der Klage, welche auf der Billigkeit ruht, verlangt also eine Abweichung vom Princip der negotiorum gestio. Sie verlangt zunächst eine Abweichung vom Grundprincip, von der utilitas absentium; an dessen Stelle tritt ein anderer Satz der Billigkeit (l. 14 § 13 loc. cit.), der seine letzte Grundlage im religiösen Gefühl der Römer hatte: de suo enim expedit mortuos funerari, es gehört sich die Todten zu begraben! Daß das religöse Gefühl, die altrömische Frömmigkeit die letzte Grundlage der Klage bildete, wird in verschiedenen Stellen ausgesprochen. Ich erinnere hier nur an die Frage in dem § 7 des citirten Gesetzes: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? und an die §§ 8 und 9 daselbst. Kein anderes Volk betonte so wie die Römer die Heiligkeit des Todes, heilig war das Grab, heilig war der letzte Wille und so war es auch eine heilige Pflicht, die Todten zu begraben.

---

[1]) cf. Windscheid § 430 Anm. 20, und Schneider, subsidiäre Klagen S. 500 ff.

Diese heilige Pflicht, welche weiter geht als die utilitas absentium, die ein bloßes Nützlichkeitsprincip enthält, duldete aus eben diesem Grunde neben sich keine utilitas absentis, der besondere Wille, welcher sich derselben entzog und ihre Erfüllung verbot, handelte pflichtwidrig und mußte daher trotz des Verbotes die Beerdigungskosten zahlen.

Die actio funeraria wurde aber 2) auch dem Kläger gegeben, der in der Meinung selbst verpflichtet zu sein handelte. Nach § 11 der citirten l. 14 waren in diesem Falle Trebatius und Proculus der Ansicht, daß die Klage nicht angestellt werden könne, weil die Absicht fehle, das Geschäft eines Andern zu besorgen. Ulpian sagt dagegen: puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam. In der That, da das Grundprincip der neg. gestio fehlte, da es sich gar nicht darum handelte, daß für einen abwesenden Verpflichteten eingetreten wurde, da es vielmehr nur darauf ankam, daß dem Todten die letzte Ehre zu Theil wurde, war der animus aliena negotia gerendi nicht nötig. Auch zur Unterstützung des Schlusses des Handelnden war weder der animus noch contemplatio nötig, weil sein Anspruch nicht auf einem negotium utiliter gestum ruhte.

IV. Abschnitt.

Das negotium utiliter gestum und die neueren Gesetzgebungen.

§ 1.

Einleitung.

So interessant es wäre, die Auffassung der Geschäftsführungsklage in den neueren Gesetzgebungen im Allgemeinen zu betrachten, so ginge doch eine solche Betrachtung weit über unser Ziel hinaus. Wir haben es hier nur mit dem in der Cardinalstelle l. 10 D. h. t. erwähnten Brennpunkte der ganzen Lehre zu thun, und werden daher die allgemeine Auffassung dieser ganzen Lehre in den neueren Gesetzgebungen nur in soweit berühren, als sie Einfluß auf die Fassung des negotium utiliter gestum gehabt hat. Räumliche Rücksichten verbieten es, alle neueren Gesetzgebungen zu berücksichtigen, und müssen wir uns an dieser Stelle mit der Erwähnung einiger wichtigeren begnügen.

§ 2.

Das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten. [1]

An die Spitze der Lehre von der Uebernehmung fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag stellt das Landrecht den Satz: »In der Regel ist Niemand befugt, sich in die

[1]) cf. A. L. R. I. 13 §§ 228 bis 261.

Geschäfte eines Andern, ohne dessen Auftrag oder ein anderes besonders durch ausdrückliche Gesetze ihm beigelegtes Recht, zu mischen«, während das Römische Recht an die Spitze der Lehre das Princip derselben stellt, und den Satz »culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti« an einer andern Stelle unter den allgemeinen Rechtsregeln erwähnt. Schon in dieser Stellung liegt die Andeutung, daß das Landrecht das Hausrecht des Willens dem Principe des n. utiliter gestum gegenüber strenger aufrecht erhalten will, als das Recht der Römer.

Eine von vorn herein gültige Klage gibt nun das Landrecht nur in einem Falle, wenn nach § 234 d. T. »Jemand die Geschäfte eines Andern zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt«. Nur in diesem Falle entspricht die actio contraria einem negotium utiliter gestum. Die Genehmigung bildet hier nicht den Grund des Anspruchs, denn wenn auch nach § 234 der gestor in diesem Falle berechtigt sein soll »zu erwarten, daß der Eigenthümer genehmigen werde«, so ergibt sich doch aus § 235, daß diese Genehmigung ohne Bedeutung ist: »Auch wenn die Genehmigung nicht erfolgt, haftet dennoch der Eigenthümer für die zur Verhütung des Schadens nützlich aufgewendeten Kosten.« Auch der Erfolg, die Bereicherung, können hier nicht die Grundlage bilden, denn § 236 sagt, der Anspruch »finde selbst alsdann statt, wenn die Sache nachher ohne Schuld des Besorgers, dennoch verloren gegangen ist.« Die Ausdrücke »Eigenthümer« und »Sache« sind schief, und geben nicht das wieder, was sie sagen wollen. Jedenfalls bleibt der Anspruch des Geschäftsführers bestehen, wenn es auch nicht gelungen ist, den Schaden abzuwenden, und genügt hier das utiliter gestum oder, wenn man es so nennen will, utiliter coeptum.[1])

---

[1]) cf. Förster Band II p. 432. Der unterdessen erschienene II. Band II. Abth. von Dernburgs Lehrbuch des Preußischen Privatrechts konnte leider eine eingehendere Berücksichtigung nicht mehr erfahren.

Das allgemeine Landrecht theilt also nicht das Grundprincip des Römischen Rechts, daß die utilitas absentium verlange, daß sich Jemand ihrer Geschäfte annehme, sondern nach ihm verlangt die utilitas absentium nur, daß von ihren Geschäften ein gewisser oder wenigstens wahrscheinlicher Schaden abgewendet werde. Droht ein solcher Schaden den Geschäften des Herrn, so darf der gestor schließen, daß der Herr den Schaden abwenden würde, und darf handeln. Er ist »berechtigt zu erwarten, daß der Eigenthümer solches genehmigen werde«. Hierdurch ist aber das Princip der utilitas absentis verdrängt, der gestor braucht nicht zu schließen, daß der Herr aus subjectiven Gründen den Schaden nicht abwenden würde, mögen auch äußere erkennbare Umstände vorliegen, welche ihn dazu veranlassen könnten, denn seinen Schluß nennt die Gesetzgebung einen berechtigten Schluß. Es wird daher auch nur von ihm verlangt, daß er die Kosten, die er fordert, durch einen nützlichen Aufwand zur Verhütung des Schadens gemacht habe, cf. § 235 d. T. Dieses »nützlich« bedeutet hier soviel wie »zweckmäßig« in § 69 d. T. und ist von dem technischen utiliter gestum grundverschieden (cf. Förster B. 2 p. 432 Anm. 51 und Kochs Kommentar Anm. 11 zu § 236 d. T.).

In allen anderen Fällen, wo Jemand die Geschäfte eines Andern, bloß um dessen Vortheil zu befördern, ohne Auftrag übernimmt, kommt es darauf an, ob der Herr den Vortheil annimmt. Diese Annahme hängt ganz von seinem freien Willen ab, er kann nach freiem Belieben ablehnen. Nimmt er den Vortheil an, so muß er dem Besorger, jedoch nur soweit als der Vortheil hinreicht, wegen Schadens und Kosten gerecht werden (cf. § 241 d. T.). Durch diese Bestimmung ist in allen anderen Fällen der Anspruch aus dem negotium utiliter gestum und eine von vorn herein gültige Klage ausgeschlossen, nur aus der stillschweigenden Genehmigung des Herrn, welche in der Annahme des Vortheils liegt, wird ein

Anspruch gegeben, der sich also nicht auf die utilitas sondern auf den Willen stützt. Erfolgt die Genehmigung ausdrücklich und uneingeschränkt, so entstehen die Rechte und Pflichten wie zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. Es bedarf keiner Erwähnung, daß in diesem Falle ebenfalls nur der Wille die Stütze des Anspruchs ist.[1])

Diesem Gedankengange des Landrechts liegt die leitende Idee zu Grunde, daß es unrecht ist, sich in fremde Geschäfte zu mischen. Daher wird das »Nützliche« in das »Notwendige« und in das »Vortheilhafte« geschieden (cf. Förster B. 2 p. 431), und nur bei dem notwendigen Geschäft im Sinne des § 234 ein negotium utiliter gestum angenommen. Das bloß vortheilhafte Geschäft, meinte man, könne unter Umständen sehr wenig nützlich sein, es komme hier auf die wirkliche Meinung des Herrn an.

Während also das gemeine Recht vom Richter verlangt, daß er sich frage, ob der gestor aus den vorliegenden äußeren erkennbaren Umständen einen Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn billigerweise ziehen und hiernach handeln durfte, verlangt das Preußische Recht, daß der Richter sich frage, ob der gestor schließen durfte, daß dem Herrn nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen ein Schaden bevorstehe. Es liegt hierin allerdings, wie auch Förster annimmt, der Versuch der Gesetzgebung, den Begriff des n. utiliter gestum nicht nach der muthmaßlichen Ansicht des Herrn, sondern objectiv zu gestalten, denn der gestor braucht sich nicht zu fragen, ob auch der Herr den Schaden abgewendet haben würde, er braucht sich nicht zu fragen, wie der Herr diesen Schaden abgewendet haben würde, es genügt, wenn er

---

[1]) cf. § 239 d. T. Förster p. 435 Anm. 80 loc. cit. Koch zu § 239 Anm. 14 in fin. Die Irrigkeit dieser Ansicht ist früher hervorgehoben. Das Landrecht ist ein Kind seiner Zeit und folgte der herrschenden opinio doctorum.

den Schaden auf eine nützliche und zweckmäßige Weise zu beseitigen sucht.

Wir halten diesen Versuch für einen verfehlten. Das Interesse aller Verhinderten fordert, daß Jemand sich ihrer Geschäfte annimmt, das Interesse des Einzelnen fordert, daß hierbei vom gestor alle subjectiven Momente beobachtet werden und nur eingeschritten wird, wo der Herr vermuthlich auch gehandelt haben würde. Will man die utilitas absentium darauf beschränken, daß das Interesse Aller fordert, daß sich Jemand ihrer Geschäfte annimmt, wenn ihnen ein Schaden bevorsteht, so muß man im Interesse des Einzelnen fordern, daß der Schaden nach den muthmaßlichen Ansichten des Einzelnen zu definiren ist, und nach der Handlungsweise, die dieser Einzelne vermuthlich anwenden würde, gehoben wird. Das Landrecht verletzt die utilitas absentis. Wenn Förster (p. 432) meint, durch § 238 d. T. sei der Herr »hinreichend gesichert gegen zudringliche Nützlichkeits-Ansichten Dritter«, so betonen wir, daß zudringliche Ansichten Dritter über einen den Herrn vielleicht treffenden Schaden ebenso gefährlich sind, wie Nützlichkeits-Ansichten. Was der Eine für einen Schaden hält, kann der Andere für einen Vortheil halten! Der Herr kann verlangen, daß, soweit aus dem Geschäftskreis seine muthmaßliche Ansicht über den Schaden erhellt, dieselbe beobachtet werde, wenn sie auch total von der objectiven Ansicht abweicht. Uebrigens ist das in der Praxis auch gefühlt worden. Interessant sind die Bemerkungen in Kochs Kommentar zu dem kritischen § 234: »Ueberhaupt aber ist auch in dem Falle, wenn die Geschäftsbesorgung zur Abwendung eines sichtbar bevorstehenden Schadens unternommen wird, der Anspruch auf Erstattung des Aufwandes nicht in allen Fällen zugelassen, sondern es muß auch hier mit Umsicht und vernünftiger Berechnung (utiliter) das Geschäft geführt worden sein. Wer z. B. ein durch Alter werthlos gewordenes Zugthier, welches ein Bein bricht, in Abwesenheit des Eigenthümers aufheben

und heilen lassen wollte, der könnte dadurch einen Kostenaufwand vielleicht von 50 Thaler machen, während das Thier in seinen gesunden Tagen nicht mehr 5 Thaler werth war und zuletzt doch noch umkam. Als man dem Celsus die Frage vorlegte: ob in einem solchen Falle der Geschäftsführer einen Anspruch habe, verlachte er die Frage und meinte, eine solche Geschäftsführung sei nicht zweckmäßig (utiliter) unternommen, sie würde vielmehr dem Herrn eine Last aufbürden und ihn in Schaden bringen, sie verschaffe also dem Geschäftsführer die actio negotiorum gestorum nicht. L. 10 § 1 D. h. t. Diesen Fall trifft die Fassung des § 234 in den Worten: »eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens« und der § 235 in den Worten: »nützlich aufgewendeten Kosten« mit.« — Wir wollen hier nicht nochmals die richtige Auslegung der l. 10 D. wiederholen.[1]) Jedenfalls fühlte man im Preußischen Recht, daß das negotium utiliter gestum denn doch noch etwas Anderes sei, als das im § 234 ausgesprochene Princip. Was den von Koch genannten Fall betrifft, so handelt es sich bei dem Schaden, den der Herr leidet, nicht um ein Rechenexempel, welches übrigens meist auf der Wahrscheinlichkeitsrechnung beruhen würde. In erster Linie handelt es sich darum, ob der Herr nach dem Geiste seiner Geschäftsführung, nach seinen Gewohnheiten, nach seinen Ansichten, die er vielleicht früher zu Tage gelegt hat oder die aus seiner Umgebung zu erfragen sind 2c., den Schaden abgewendet haben würde. Erst in zweiter Linie können Durchschnitts-Anschauungen zur Geltung kommen.

---

[1]) Warum hat Koch nicht das Beispiel der von ihm citirten Cardinalstelle gewählt? Der Herr hat ein Haus verlassen, es liegen genug äußere Umstände vor, welche vermuthen lassen, daß er es nie wieder repariren würde. Hier ist es kein Schaden für den Herrn, wenn das Haus Risse bekommt, mag auch nach der Berechnung das Haus mehr werth sein als die Reparaturkosten betragen. Der letztere Umstand nützt ja dem Herrn auch nichts, wenn in einem anderen Falle das Haus hinterher abbrennt.

Uebrigens dürfte durch Interpretation doch dem negotium utiliter gestum näher zu kommen sein. Was ist nach § 234 für die Geschäfte eines Andern ein »Schaden«? Doch sicher nur ein Umstand, der es im Sinne der Geschäfte des Andern, also auch im Sinne des Andern ist. Freilich soll die Frage, ob der Schaden bevorsteht, nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen beantwortet werden. Allein das wesentliche ist hier nicht die Nähe des Schadens, sondern die Frage, ob überhaupt ein Schaden anzunehmen ist, falls irgend ein Umstand eintritt. Ohne jedes Bedenken ist eine solche Interpretation freilich nicht. —

Eine Gesetzgebung, die wie das Landrecht die utilitas zu objectiviren sucht, muß negative Regeln aufstellen. Denn die utilitas absentis, die auf subjectiver Grundlage ruht, klopft bei notwendigen Geschäften nur bescheiden an das Gewissen des Gesetzgebers, ihre mahnende Stimme läßt sich durch den Einwand scheinbar beruhigen, daß es Dinge gebe, die jeder Mensch notwendig thun müsse; allein bei Geschäften, die dem Durchschnittsmenschen nicht notwendig erscheinen, wird ihre Mahnung zum lauten Protest, und erzwingt sich Gehör und Beachtung! So nimmt denn auch das Landrecht bei Geschäften, die bloß den Vortheil eines Andern befördern, kein negotium utiliter gestum an. Die Grenze für diese Geschäfte dürfte ohne § 234 nie zu finden sein; nach § 234 sind es alle Geschäfte, die keinen Schaden abwenden wollen.

Eine Gesetzgebung, die auf rein Römischer Grundlage beruht, wird diese negativen, ängstlichen[1]) Sätze nicht brauchen.

---

[1]) cf. Koch zu § 239 Anm. 14. »Der leitende Gedanke der Verfasser bei der Feststellung der Grundsätze von der Besorgung fremder Geschäfte ist unklar. Der Ausgang von dem Unerlaubtsein der Einmischung in fremde Angelegenheiten (§ 228) ist sehr beschränkt. Die Erfahrung lehrt, daß kein Mensch sich mit Aufopferung eigener Mittel in fremde Angelegenheiten mengt, wenn nicht irgend eine äußere Ursache dazu sittlich oder polizeilich zwingt.« cf. ferner Dernburg Bd. II. Abth. II. p. 663 »die

Wer bloß den Vortheil eines Andern befördern will, wen keine äußeren im Geschäftskreise des dominus vorliegenden Umstände zum Handeln veranlassen, wen keine objective Notwendigkeit in unserm Sinne zu einem Schlusse auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn zwingt, der wird nie utiliter geriren, dessen Schluß und dessen Handlungsweise wird der Richter im Sinne des Gesetzes nie billigen können. Eine solche Gesetzgebung müßte freilich im vollen Vertrauen zu dem praktischen Sinne der Richter ängstliche Casuistik vermeiden, und eine freie Beweistheorie besitzen; beide Erfordernisse fehlten zur Zeit der Verfassung des Landrechts, so daß die Auffassung desselben erklärlich und entschuldbar ist.[1])

§ 3.

Das Oesterreichische Gesetzbuch.

Das Oesterreichische Recht unterscheidet wie das Preußische zwischen notwendigen und vortheilhaften Geschäften; ein not-

---

Redactoren des Landrechts führten die aus der Geschäftsbesorgung o. A. entspringenden Ansprüche auf ungerechtfertigte Bereicherung zurück. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch keineswegs der allein bestimmende, wenn er auch ein einwirkender ist. Insbesondere fällt für die Ansprüche des Geschäftsführers in das Gewicht, daß unaufgeforderte Hülfe in Nothfällen zu begünstigen ist.« (Also utilitas absentium! aber daneben ist die utilitas absentis nicht zu vergessen!)

[1]) Da das Landrecht das Römische negotium utiliter gestum nicht kennt, so läßt es den gestor bei Fällen des § 234 nur für grobes Versehen haften. Man darf diese Auffassung der Haftpflicht nicht auf Römisches Recht zurückführen; wenn die Redactoren an den Fall der l. 3 § 9 D. h. t. gedacht haben, und diesen Fall für ausdehnbar hielten, so irrten sie, da die l. 3 ihre ganz besondere Voraussetzung hat, wie früher gezeigt ist. (Anderer Meinung ist Förster B. 2 p. 433 Anm. 60). cf. noch Dernburg II. Bd. II. Abth. p. 667. Daselbst (Anm. 2 p. 667) wird das gemeinrechtliche n. util. g. richtig definirt. Die Bemerkung über die »nothwendigen Geschäfte« läßt schließen, daß Dernburg die necessitas als objective necessitas in unserem Sinne auffaßt.

wendiges Geschäft ist nach ihm dasjenige, welches zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens unternommen wird. »Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den notwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig; wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist« (§ 1036). An Stelle des Römischen utiliter gestum steht also hier das objective Moment einer Schadenabwendung. [1])

In allen anderen Fällen gibt das Gesetzbuch keine von vorn herein gültige Klage. »Wer fremde Geschäfte, bloß um den Nutzen des Andern zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben« (§ 1037). Dieser Grundsatz wird jedoch dadurch durchbrochen, daß das Gesetzbuch in demselben Paragraphen dem Herrn nicht erlaubt, die Schadloshaltung zu verweigern, wenn der gestor das Geschäft auf seine Kosten zu des Andern klarem, überwiegendem Vortheile geführt hat. Das Princip, welches hierin ausgesprochen ist, wird wiederum durchlöchert durch § 1038, nach welchem der Herr zu keinem Ersatze verbunden ist, wenn der gestor eigenmächtig so wichtige Veränderungen an einer fremden Sache vorgenommen hat, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benutzte, unbrauchbar wird.

Auf der einen Seite haben wir strenges Festhalten an einer starren Objectivität, die dem Herrn oft fremden Ansichten preisgeben wird, welche Gefahr auch nicht dadurch beseitigt wird, daß bei bloß nützlichen Geschäften der Herr nicht haften soll, auf der andern Seite ist dem subjectiven Belieben des Herrn freier Raum gelassen, das Ganze ist ein Conglomerat

---

[1]) cf. Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Rechte von Dr. Alexander Ogonowski, 1877, eine auch die anderen Rechte eingehend berücksichtigende Monographie.

von principienlosen Rechtssätzen, die bezeugen, daß sich der Gesetzgeber auf diesem Gebiete gern selbst corrigirt hätte. [1])

Es ist hier nicht nötig, nochmals die fehlerhafte Auffassung des § 1036 darzulegen. Was § 1037 und 1038 betrifft, so sei es gestattet, die Worte Ogonowski's anzuführen, welcher in seinem Werke p. 57, 58, 59 die auf das n. utiliter gestum bezügliche Gesetzgebung seines Landes einer strengen aber gerechten Kritik unterwirft: »Wenn den hier erhobenen Bedenken ihre angedeutete Tragweite auch nicht abgesprochen werden könnte, so wird an dem österr. a. b. Gesetzb. doch gewiß auszusetzen sein, daß es, insbesondere bezüglich der blos vortheilhaften Geschäftsführung, in einer besonders complicirten und gekünstelten Weise, principlos, nur durch casuistische Ausnahmsregeln von Ausnahmen – dem Interesse der Parteien mühsam Rechnung trägt. Wird nun aber schließlich noch berücksichtigt, daß nach unserem Gesetzbuche bezüglich der blos vortheilhaften Geschäftsführung endgiltig im Principe doch nicht die Geschäftsführung an sich, sondern, wie im preuß. L.-R., nur die Bereicherung als Obligationsgrund festgehalten bleibt, so ist auch im Mindesten nicht abzusehen, warum diesfalls nicht schon einfach wie in dem preuß. L.-R. lediglich die Principien der Bereicherung, die factische Annahme des Vortheils, durchgehends entscheiden sollen, sondern — ausnahmsweise ein Zwang zur Anerkennung des Vortheils, ausnahmsweise wieder aber eine Berechtigung zur Leugnung objectiv vorliegender Vortheile zugelassen werde;

---

[1]) Zeillers Ansichten (cf. dessen Commentar über das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie § 1035 Anm. 2), daß man jeden Bürger, wenn er in der Sorge für seinen Nutzen zu kurzsichtig scheine, mit besseren Einsichten, Kenntnissen und guten Rathschlägen unterstützen müsse, sind für die n. g. gefährlich, die »Kurzsichtigkeit« wird meist das individuelle Belieben, die Willensfreiheit sein. Dagegen sind wir mit Zeiller (§ 1036 Anm. 1) einverstanden, daß sich die n. g. nicht auf einen vermutheten oder erdichteten Vertrag, sondern unmittelbar auf das Gesetz stütze.

für die Principien der hier einmal verleugneten neg. gestio wird hiermit gar nichts gewonnen, dagegen werden aber die Principien der Bereicherung als Klagegrunds ohne ein practisches Interesse erheblich verletzt.«

Wir haben in der österreichischen Gesetzgebung ein beredtes Zeugniß dafür, daß es not thut, endlich einmal feste Principien über das neg. utiliter gestum aufzustellen!

§ 4.

Das Gesetzbuch Napoleons.

Das Napoleonische Gesetzbuch gibt über das negotium utiliter gestum nur wenig Bestimmungen. Nach ihm ist die Geschäftsführung einer der beiden Quasicontracte des Französischen Rechts, der zweite Quasicontract ist die solutio indebiti. Leider hat sich der Französische Gesetzgeber verleiten lassen, an die Spitze des vierten Titels (des engagements qui se forment sans convention) eine Definition der Quasicontracte zu stellen, nach Art. 1370 und 1371 ist nämlich ein Quasicontract die erlaubte und schlechthin freiwillige Handlung einer Person, durch welche eine Verbindlichkeit für diese Person gegen eine andere oder auch eine gegenseitige Verbindlichkeit zwischen beiden Parteien kraft Gesetzes begründet wird (cf. Handbuch des Französischen Civilrechts von Dr. Carl Sal. Zachariä von Lingenthal, 6. Aufl., Band II. pag. 687). Der Praxis ist mit einer solchen Definition wenig gedient; wir erfahren durch dieselbe nichts über den Grund des gesetzlichen Anspruchs, nichts über die utilitas absentium und die utilitas absentis. Der Ausdruck »Quasicontracte« selbst ist unfruchtbar und nichtssagend. Es darf uns daher nicht Wunder nehmen, wenn das negotium utiliter gestum nicht scharf definirt wird. Der Art. 1375 sagt nämlich: »Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérent a contractés en son nom, l'indemniser

de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.« — Der Artikel läßt unerwähnt, ob die Geschäfte nach objectiven oder nach den subjectiven Ansichten des Herrn zu führen sind, es fehlt die Betonung der utilitas absentis. Die Wissenschaft hat mit richtigem Takte den Römischen Begriff des n. utiliter gestum untergelegt, und den Ausdruck dépenses utiles im Sinne der Cardinalstelle l. 10 D. de neg. gest. aufgefaßt (cf. Bd. 11 p. 690 Anm. 9 des citirten Lehrbuchs und die daselbst genannte Literatur). Immerhin ist der § 1375 im Französischen Rechte nur geeignet, zu Mißverständnissen Anlaß zu geben, zumal da in demselben die objective necessitas nicht betont wird. Die zwingende Macht der äußeren Umstände im Geschäftskreise des Herrn, die im § 1374 erwähnt wird (les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire), hätte im § 1375 erwähnt werden müssen; da dies nicht geschehen ist, kann der Geschäftsherr leicht gezwungen werden, Eindringlingen Ersatz zu geben.

Die übrigen Paragraphen 1372, 1373 und 1374 können nicht das Gebiet der negotiorum gestio erschöpfen, und überlassen das Nähere der Wissenschaft. Dieselbe hat die hier streitigen Fragen meist im Sinne des Römischen Rechts entschieden. Manches ist freilich dabei noch streitig geblieben; so ist die Wirkung des Verbots des Herrn noch controvers (cf. Anm. 2 p. 688 Bd. II. loc. cit.). Es wird anzunehmen sein, daß der Geschäftsherr nur haftet, soweit er noch bereichert ist, da von dem Princip der actio funeraria im Gesetzbuch keine Rede ist.

Unseres Erachtens verdient die karge Behandlung dieser Lehre im Französischen Gesetzbuch kein Lob. Gerade bei Ansprüchen, die nicht aus einem Contracte entspringen, wo also die Parteien nicht bestimmt haben, was unter ihnen Rechtens sein soll, muß der Gesetzgeber ausführliche Bestimmungen

geben, oder wenigstens die ratio legis angeben (utilitas absentium, utilitas absentis), wenn nicht die verzweifeltesten Controversen hervorwuchern sollen. Ansprüche aus der allgemeinen Billigkeit werden zur Unbilligkeit, wenn nich't erhellt, wem zu Nutz und Frommen und aus welchen Gründen dergleichen Ansprüche vom Gesetz gegeben werden!

§ 5.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Das Gesetzbuch für das Königreich Sachsen gibt in dem § 1345, welcher nach den Motiven den Zweck hat, den Begriff des »utiliter gerere« zu bestimmen, einen brauchbaren Anhalt für die Definition des negotium utiliter gestum: »Der Geschäftsführer hat sich bei der Geschäftsführung nach dem ihm bekannten wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und, in Ermanglung eines daraus zu entnehmenden Anhaltes, nach der Natur der Sache und nach den Verhältnissen des Geschäftsherrn zu richten.«[1])

In erster Linie sind die äußeren Umstände im Geschäftskreis des Herrn zu beachten, welche einen Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn bieten, hierfür bieten der wirkliche und vermuthliche Wille des Herrn und dessen Verhältnisse einen Anhalt, in zweiter Linie erst hat sich der gestor nach der Natur der Sache bei den ins Einzelne gehenden Geschäften zu richten, wenn ihn die andern Umstände im Stich lassen.

Selbstverständlich ist der folgende § 1346: »Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die von ihm angefangenen Geschäfte zu vollenden und neue Geschäfte zu übernehmen, soweit sie mit den früheren wesentlich zusammenhängen.«

---

[1]) cf. den Commentar von Dr. E. Siebenhaar und Georg Siegmann zu diesem Paragraphen.

Richtig grenzt der § 1352 das negotium utiliter gestum gegen den Anspruch aus der Bereicherung ab, indem er sagt: »Hat der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung und bei den dabei gemachten Verwendungen sich an die Vorschriften der §§ 1345. 1346 gehalten, so kann er Erstattung seiner Verwendungen, Verzinsung seiner Auslagen und Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten, wie nach §§ 1314. 1315 der Beauftragte verlangen. In anderen Fällen hat er bloß einen Anspruch, soweit der Geschäftsherr bereichert ist, und wegen willkürlicher Verwendungen das Recht der Wegnahme.«

Nicht glücklich ist jedoch die Abgrenzung des Anspruchs aus dem neg. utiliter gestum gegen den Anspruch aus der Genehmigung, und wird es daher in vielen Fällen fraglich sein, wann eine von vorn herein gültige actio contraria vorliegt. Die Motive zu § 1352 (cf. den citirten Commentar) bemerken: »In diesem Paragraph wird von derjenigen negotiorum gestio gehandelt, welche re ipsa eine solche ist. Bei dieser kommt es auf das utiliter gerere an; Ratihabition ist nicht Voraussetzung des Rechts des negotiorum gestor, doch kann dieselbe den Beweis erleichtern oder auch ersetzen.« Ueber das negotium, welches re ipsa ein fremdes ist, erfahren wir nun folgendes (cf. die Motive in dem citirten Commentar p. 299 Vorbemerkung): »Ein Geschäft kann ein fremdes sein entweder an und für sich oder durch die Willensrichtung des Geschäftsführers. An und für sich, re ipsa ist das Geschäft ein fremdes, wenn es die Erhaltung oder Förderung des Vermögens (Sachen, Rechte an Sachen, Forderungen, Schulden) oder der Person eines Andern zum Gegenstande hat. Durch die Willensrichtung des negotiorum gestor ist das Geschäft ein fremdes, wenn es mit Rücksicht auf den Willen eines Andern vorgenommen oder für eine bestimmte Person ein Geschäft besorgt wird, welches seiner äußeren Erscheinung nach kein Geschäft dieser Person ist.«

Wir behaupten, daß mit dieser Unterscheidung für das negotium utiliter gestum auch rein gar nichts anzufangen ist, obwohl sie für die Berechtigung zur Genehmignng von Bedeutung ist. Die Grenze zwischen beiden Arten von Geschäften ist eine fließende. Es kann auch bei Geschäften, die nicht ihrer äußeren Erscheinung nach Geschäfte einer bestimmten Person sind, utiliter gerirt werden. Nicht die äußere Erscheinung, vielmehr der Wille des gestors macht meist das Geschäft erst zu einem fremden; es gibt kein an sich fremdes Geschäft, welches streng abgegrenzt wäre. Die Definition muß vom Willen des gestors ausgehen: Ein fremdes Geschäft ist dasjenige, bei welchem der gestor nicht für sich, sondern für einen Andern handeln will. [1])

Wozu macht aber der Sächsische Gesetzgeber diese Unterscheidung? Er hat gefühlt, daß im § 1352. eine Lücke vorhanden ist. [2]) Es fehlt die Forderung der objectiven necessitas in unserm Sinne, die Forderung, daß der gestor durch die im Kreise des Herrn vorliegenden äußeren Umstände billigerweise zu einem Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn gedrängt werden mußte, wenn er eine von vorn herein gültige Klage haben will. Diese Forderung hätte der Gesetzgeber aufstellen müssen, dann brauchte er nicht bei einer von den Vertretern einer falschen Theorie herbeigeholten Unter-

---

[1]) Man nehme folgenden Fall: A läßt mit dem Holz des B das Haus des B stützen. Hier kann nur B genehmigen. A kauft Holz um das Haus des B zu stützen; hier tritt die äußere Erscheinung des Geschäfts als eines fremden gar nicht hervor, A kann das Holz auch für C kaufen wollen, dann kann C genehmigen. Dennoch kann durch den Ankauf für B utiliter gerirt sein.

[2]) cf. Die unbestimmten Worte des Commentars § 1345 p. 301. »Ob negotia utiliter gerirt seien, wird immer mehr oder weniger quaestio facti sein. Inzwischen muß das Geschäft re ipsa ein solches des Geschäftsherrn sein — vergl. die Vorbemerkung und die Motive zu § 1352 — da nur unter dieser Voraussetzung die daran in § 1352 geknüpften Folgen gerechtfertigt sind.

scheidung Hilfe gegen unbefugtes Eingreifen Dritter zu suchen, dann wäre die utilitas absentis gesichert gewesen.

Siebenhaar meint in seinem Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts (§ 420 p. 681), es gebe zwei Gruppen von Fällen, in welchen eine Geschäftsführung unter den Verhältnissen, unter denen sie erfolgt, nicht einen unmittelbaren Einfluß auf ein fremdes Vermögen habe, in denen jedoch die Genehmigung die Wirkung haben könne, daß die Geschäftsführung die Natur einer Geschäftsführung ohne Auftrag erhalte. »Die erste Gruppe«, fährt er fort, »umfaßt die Fälle, in welchen Jemand in den Nutzen eines Andern Etwas unter Umständen verwendet, unter denen er kein Recht hat, die Erstattung seiner Verwendungen zu fordern, z. B. wenn Jemand wissentlich auf einem fremden Grundstücke nach eigenem Gutdünken ein Gebäude aufführt.« In diesem Falle existirt kein negotium utiliter gestum. »Die zweite Gruppe«, heißt es weiter, »wird gebildet aus den Fällen, in welchen ein Geschäft zwar an sich nicht ein fremdes Geschäft ist, im Erfolge aber einer anderen Person, als dem Geschäftsführer, Vortheil und Nachtheil bringt, z. B. der Verkauf einer fremden Sache, die Erhebung einer fremden Forderung, der Kauf einer Sache im Namen eines Anderen, welcher dazu keinen Auftrag gegeben hat u. s. w.« Diese zweite Gruppe ist von der ersten nicht zu trennen. Auch beim Kauf einer Sache im Namen eines Anderen ist, wenn keine von vorn herein gültige Klage gegeben wird, der Grund davon nur der, daß nicht utiliter gerirt ist, nicht aber der, daß das Geschäft nicht an sich ein fremdes ist. Doch kann sehr wohl utiliter gerirt sein, denn die Erfordernisse des negotium utiliter gestum sind in diesem Falle durchaus nicht ausgeschlossen.

In den einzelnen Ausführungsparagraphen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, lehnt sich das Gesetzbuch sehr glücklich an die Römischen Quellen an (cf. Siebenhaar Lehrbuch §§ 417 bis 420).

§ 6.

Das Gesetzbuch für den Kanton Zürich.

(Cf. das Zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redactor des Gesetzes.)

Das Gesetzbuch für den Kanton Zürich definirt den Anspruch aus dem negotium utiliter gestum in folgender Weise: »Der Geschäftsherr ist verbunden, dem Geschäftsbesorger, der zu der Besorgung seines Geschäfts durch die Umstände veranlaßt war und sich im wirklichen Interesse des Geschäftsherrn desselben angenommen hat, die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen, soweit dieselben nothwendig oder nützlich und den Verhältnissen gemäß waren. Ueberfluß und Luxus braucht der Geschäftsherr nicht zu vergüten« (cf. § 1210 loc. cit. p. 224).

Zweierlei ist es, was diesem Paragraphen vor der Auffassung anderer Gesetzbücher einen bedeutenden Vorzug gibt. Einmal, daß eine Veranlassung des Geschäftsbesorgers durch die Umstände gefordert wird, daß also von dem vermuthlichen Willen des Herrn und dem quasicontractlichen Verhältnisse nicht die Rede ist. Nur wäre wünschenswerth gewesen, daß die Fassung gelautet hätte »der zur Besorgung seines Geschäfts durch die im Geschäftskreis des Herrn vorliegenden äußeren Umstände billigerweise veranlaßt werden mußte«. Der Redactor Bluntschli bemerkt in der Anmerkung 1 a. sehr richtig: »Die Veranlassung hat Analogie mit dem Auftrag, sie ist gleichsam eine Aufforderung der äußeren Verhältnisse und daher von unberufener Einmischung wohl zu unterscheiden.« Im Interesse der utilitas absentis war es nötig, die objective Notwendigkeit, die zwingende Macht der äußeren Umstände auf das Schlußvermögen und so auf die Handlungsweise des gestors mit in den Gesetzestext aufzunehmen.

Der zweite Vorzug liegt darin, daß das Gesetz vom gestor verlangt, daß er sich nach dem »wirklichen Interesse« und den »Verhältnissen« des Herrn richte. Nur darf man in diese Ausdrücke nicht eine objective utilitas hinein interpretiren.

Im Falle des § 1210 kommt es auf den Erfolg nicht an, wenn ein negotium utiliter coeptum vorliegt (cf. Bluntschli Anm. 1 b., der mit Recht das Beispiel der Cardinalstelle anführt).

Der Zusatz, daß der Geschäftsherr Luxus und Ueberfluß nicht zu vergüten brauche, ist überflüssig und gefährlich! Hier schimmert die Anschauung einer objectiven utilitas durch. Wie im Sächsischen Gesetzbuch für das re ipsa alienum negotium so ist hier für diesen Zusatz der Grund nur der Mangel der objectiven necessitas, die im Gesetz betont werden mußte. Geschieht dies nicht, so geräth die Gesetzgebung auf Abwege und sucht in falscher Weise gegen das unbefugte Eingreifen zu sichern.

Uebrigens hat dies Bluntschli wohl selbst gefühlt. Er sagt nämlich in der Anm. 2: »Z. B. B hat auf dem Gute des A Gartenanlagen machen lassen, ein Gartenhaus und einen Springbrunnen gebaut. Das braucht A ihm nicht zu ersetzen; aber B kann das Gartenhaus abtragen und den Springbrunnen wieder zudecken.« Dies ist nicht richtig! Unter Umständen können Gartenanlagen ein negotium utiliter gestum sein. Bluntschli corrigirt sich nun selbst, und sagt: »Alle diese Verhältnisse sind übrigens nach Billigkeit zu beurtheilen. Wenn z. B. B dem A, der in einer fremden Stadt gestorben, ein steinernes Grabmal hat setzen lassen, so kann das je nach den Vermögensverhältnissen, dem Stande des A und der Ortssitte in den einen Fällen eine nützliche, in den anderen eine luxuriöse Auslage sein.« Daraus folgt, daß eben Alles auf die äußeren Umstände im Geschäftskreise des A ankommt und daß derlei objective Bestimmungen über Luxus und Ueberfluß bei der von uns vorgeschlagenen Definition ganz unnötig werden.

Der § 1211 des Gesetzbuchs grenzt den Anspruch aus der Bereicherung richtig ab. Auch bei diesem Paragraphen wählt Bluntschli als Beispiel mit Recht den Fall der Cardinalstelle. Auch der Anspruch aus der Genehmigung ist in § 1215 präcis begründet.

Zwei Paragraphen mögen hier noch erwähnt werden, die von besonderer Wichtigkeit sind, zwei Paragraphen, die nicht rein Römisches Recht enthalten, die aber Rechtsgrundsätze aussprechen, welche »durch das Römische Recht hindurch über das Römische Recht hinaus« gehen. Es ist dies zunächst § 1213: »Hat der Geschäftsbesorger eine dem Geschäftsherrn obliegende auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsherr ihm zu handeln verboten hat.« Hier ist das Princip der actio funeraria auf zwei allgemeine Fälle ausgedehnt. Die utilitas absentium verdrängt die utilitas absentis insofern, als sie eine Nichtachtung des Verbots, des ausgesprochenen Willens des Herrn billigt. Es liegt hier gleichsam eine Expropriation eines Stückes der menschlichen Willensfreiheit vor! Die Gesetzgebung hat diesen Schritt nicht ohne Bedenken gethan (cf. Anm. zu § 1213), schließlich hat aber die Ansicht den Sieg davon getragen, daß im Interesse der Gesammtheit und der Humanität offenbare Verpflichtungen aus öffentlichen Gründen oder aus Pietät nicht unerfüllt bleiben sollen. Ich betone übrigens in dem Paragraphen die Worte »hat — erfüllt« im Gegensatz zu den Worten des § 1210 »der sich — des Geschäfts angenommen hat.« Das ausgedehnte Princip der a. funeraria schützt hier also nicht ein Geschäft, das noch keinen Erfolg gehabt hat, wohl aber kommt es auch hier auf die Stabilität des Erfolges nicht an.

Einen interessanten Vergleichungspunkt bietet für die Ausdehnung des Princips der a. funeraria das Sächsische Gesetzbuch in dem § 1355: »Hat der Geschäftsführer eine dem Geschäftsherrn gegen den Staat oder gegen eine Gemeinde nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts obliegende Verpflichtung erfüllt, oder Unterhalt Personen verabreicht, zu deren Erhaltung der Geschäftsherr verpflichtet war, oder eine Leichen-

bestattung besorgt, deren Kosten der Geschäftsherr zu bestreiten hatte, so kann er Erstattung der Verwendungen fordern, selbst wenn der Geschäftsherr ihm die Geschäftsführung verboten hat.«[1])

Der zweite wichtige Paragraph ist § 1214: »Wenn Eltern oder Großeltern den Kindern oder Enkeln Alimente geben, so wird im Zweifel angenommen, sie haben das aus Zuneigung und ohne Absicht der Rückforderung gethan, auch wenn sie zur Unterhaltung derselben auf ihre Kosten nicht verpflichtet waren.« Während das Römische Recht nur fordert, daß kein animus donandi vorliege, der allerdings bei Ascend. und Desc. oft vorliegen wird, gibt das Züricher Gesetz eine Auslegungsregel, nach der im Zweifel animus donandi vermuthet werden soll.

Auch hierüber bietet das Sächsische Recht eine analoge Bestimmung im § 1354: »Haben Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen, oder letztere den ersteren, oder Geschwister ihren Geschwistern Unterhalt gewährt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie dieß in der Absicht zu schenken gethan haben.« In beiden Rechten besteht also eine Rechtsvermuthung für den liberalis animus in Bezug auf gewährte Alimente, aber auch nur in Bezug auf diese. Das Sächsische Recht dehnt die Vermuthung auf mehr Familienglieder aus als das Züricher Gesetzbuch.

Vom gesetzgeberischen Standpunkte aus sollen beide Abweichungen vom Römischen Rechte bei den Anforderungen an die Reichsgesetzgebung gewürdigt werden.

---

[1]) Ein Grundsatz, den das O.-A.-G. zu Dresden den Ansichten der Glossatoren entsprechend schon aus dem Römischen Recht abgeleitet hatte. Annalen Bd. VII. S. 384. Commentar zu § 1355. Cf. für das Preußische Recht Dernburg loc. cit. p. 669, und die Gesindeordnung § 89. In gewissen Fällen gilt das Princip der actio funeraria auch für Armenverbände und Communalverbände als gestoren, cf. Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 § 62 und das Gesetz über die Unterbringung verwahrloster Kinder vom 13. März 1878.

V. Abschnitt.

Kritischer Ueberblick über die Literaturgeschichte des negotium utiliter gestum.

§ 1.

Einleitung.

Die nachfolgenden Paragraphen wollen auf Vollständigkeit keinen Anspruch machen. Sie finden ihre Berechtigung darin, daß eine Monographie, die mit der Fiction auf diesem Gebiete bricht, sich unter allen Umständen mit den herrschenden, auf der doppelten Fiction ruhenden Ansichten auseinandersetzen muß. Rücksichten auf die räumliche Beschränkung verboten ein Eingehen auf die Literatur vor Wächters Schrift.

Daß wir an dieser Stelle die Schrift von B. Aarons: »Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I. Abtheilung« nicht eingehend besprechen werden, hat seinen Grund darin, daß Aarons die Frage nach dem Requisite der utilitas als erledigt betrachtet und auf sich beruhen läßt (cf die Einleitung). Ihm schien es sich in erster Linie um das negotium alienum zu handeln, und gibt er daher eine Dogmengeschichte der Bestrebungen die »fremden Angelegenheiten« zu definiren. Seine eigene Ansicht ist folgende: Negotium alienum ist diejenige Handlung, welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen

ein Object der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen oder ein darin bereits befindliches zu entfernen, oder zu modificiren oder aber eine dieser Thatsachen zu verhindern.« Die neuere Literatur ist wohl darüber einig, daß mit dieser Formel »eine leichte und sichere Anwendbarkeit auf jeden gegebenen Fall«, wie Aarons hoffte, nicht gegeben ist. Das negotium alienum hat neben dem negotium utiliter gestum, wie wir gezeigt haben, eine sehr untergeordnete Bedeutung. Im Uebrigen verdient die Schrift gewiß das reiche Lob, welches ihr Windscheid spendet (§ 430 Anm. 1). Freilich wird man mit Aarons bei ihrem Studium bekennen müssen: »daß die ganze Dogmengeschichte der n. g. so lebhaft daran erinnert, daß der Fluß Lethe ebensowohl über als unter der Erde fließt (p. 141 loc. cit.)!«

Uebrigens ist zu bedauern, daß Aarons nicht die zweite Abtheilung seiner Schrift hat erscheinen lassen, da erst diese eine eingehende Entwickelung der eigenen Ansicht enthalten sollte.

§ 2.

Wächter.

Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, Archiv für die civ. Praxis 20. Band 3. Heft 11. pag. 337. Heidelberg 1837.

Wächter eröffnet die Reihe der Autoren über das negotium utiliter gestum. Er erkennt es zuerst als die wichtigste Frage bei der neg. gestio, in welchen Fällen wir es uns gefallen lassen müssen, daß ein Dritter ohne unser Wissen durch Handlungen, die er für uns vornimmt, uns verpflichte. Er wendet sich gegen die Ansicht C. J. v. Reinhardt's (Ergänzungen zu Glücks Erläut. der Pand. Band II. S. 28), welcher Alles auf die Genehmigung stellt, und nennt die Genehmigung mit Recht eine Nebenfrage, er wendet sich gegen Thibaut (Pandektenr. 8. Ausg. §§ 629, 630) und seine Nachfolger (p. 342), welche eine von vorn herein gültige Klage entstehen lassen, sobald

ein Dritter irgend etwas Nützliches für den Herrn auszuführen versucht, wenn nur der Versuch nicht ein gewagtes Geschäft war, und zeigt, daß bei dieser Theorie, welche wir die objective Nützlichkeitstheorie nennen wollen, Jeder mit seinem Vermögen fremden Nützlichkeitsansichten völlig preisgegeben würde. [1])

Ferner richtet Wächter seinen Angriff gegen Makeldey (Lehrb. des heut. R.-Rs. 10. Aufl. § 461) und Mühlenbruch (Lehrb. des Pandektenrechts Th. II. §§ 437, 439), welche die Klage des gestors darauf stützen, daß derselbe den Vortheil des Geschäftsherrn befördert habe, wobei es nichts schade, wenn der erlangte Vortheil in der Folge ohne seine Schuld wieder verloren gegangen sei, indem er aus den Quellen nachweist, daß es nicht nur nicht auf die Stabilität des Erfolges, sondern nicht einmal auf das Erreichtsein des Erfolges selbst ankomme.

Das große Verdienst Wächters besteht darin, daß er erkannte, daß unter dem Ausdruck utiliter gestum nicht die objective Nützlichkeit gemeint sein könne, sondern daß derselbe ein technischer Ausdruck sein müsse (p. 357). Er erkannte zuerst klar, daß das Gesetz für den gestor dadurch sorgen müsse, daß es ihm mit dem Anfang seiner Handlung das Recht garantire, daß es für den Herrn aber dadurch sorgen müsse, daß es diesen Handlungen keine zu große Ausdehnung gebe, denn das Einmischen sei etwas unbefugtes. Solle daher Jemand dazu befugt werden, so müßten durchaus dringende Gründe hierfür vorliegen, und nur soweit diese Gründe reichen, sei jenes Einmischen zu begünstigen. »Das Römische Recht«, heißt es p. 348, »betrachtet die n. g. als etwas, was man zwar bis auf einen gewissen Grad rechtlich begünstigen müsse, aber bloß für Notfälle; denn im Nützlichen mag jeder schon für sich selbst sorgen, für Notfälle aber erfordert es

[1]) Die älteren Autoren sagen, es müsse utiliter gestum oder utiliter coeptum sein, ohne eine Definition zu geben, cf. Glück Erl. der Pand. V. 351. 376. 379.

das Interesse eines Jeden, daß Andere zur Sorge für ihn veranlaßt werden.« Während also Wächter die utilitas absentium als die Hauptgrundlage des Anspruchs des gestors richtig erkennt, verkennt er die utilitas absentis, und kommt, da zwischen beiden die engste Wechselbeziehung besteht, zu der falschen Definition des negotium utiliter gestum als einer Handlung, deren Unternehmung für den Herrn eine res necessaria war, die notwendig geschehen oder versucht werden mußte. Wächter sucht die Rettung vor allzugefälligen gestoren darin, daß er auf der objectiven Seite eine Steigerung eintreten läßt, er fordert statt objectiver Nützlichkeit objective Notwendigkeit. Allein hiermit ist nur scheinbar etwas gewonnen, denn objectiven Notwendigkeitsansichten ausgesetzt zu sein ist für den verhinderten Herrn oft eben so unangenehm als objective Nützlichkeitsansichten fürchten zu müssen! Wächter hat dies auch selbst empfunden und weicht daher von seinem Princip bei der näheren Ausführung ab, so daß das Princip selbst seinen Halt verliert. Er zählt nämlich zu den notwendigen Geschäften auch solche, die es durchaus nicht sind. Ich will hier nur erwähnen, daß er die Besorgung der Gesammtheit der gewöhnlichen und laufenden Geschäfte eines Andern unter diese Kategorie rechnet, und in diesem Falle Alles zu einer res necessaria zählt, was zunächst nur auf Nutzen abzielt (p. 351). Hiermit ist vom Verfasser das Erforderniß der objectiven necessitas aufgegeben, obwohl er es dem Ausdrucke nach beibehalten will. Dazu kommt nun zweitens, daß Wächter außer einer res necessaria für den Herrn fordert, daß der gemachte Aufwand den Verhältnissen des Herrn angemessen sei, und daß das Unternommene seinen Absichten nicht geradezu in der Art entgegenstehe, daß der gestor sich einer Sache annahm, welche der Herr zu Grunde gehen lassen oder durchaus in unverändertem Zustande lassen wollte, mag nun der gestor von diesen Absichten wissen oder nicht (p. 351). Das erstere Erforderniß ist richtig, wider-

spricht aber wieder der objectiven Notwendigkeit; daß das letzte Erforderniß von den Quellen verlangt werde, können wir nicht zugeben, da wir die Cardinalstelle, auf welche sich Wächter bezieht, anders interpretiren. Wenn es jedem Herrn frei stehen sollte, hinterher zu beweisen, daß er eine Sache zu Grunde gehen lassen wollte, deren sich der gestor annahm, ohne daß er aus äußeren im Geschäftskreis des Herrn vorliegenden Umständen auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn schließen konnte, so dürften wenig Fälle der n. g. vorkommen.[1]) Mit dieser Anforderung wäre die utilitas absentis über die utilitas absentium gestellt, und indem letztere verletzt würde, würde indirect auch die erstere leiden.

Obwohl wir nun der Lehre Wächters durchaus nicht beistimmen, stehen wir derselben doch näher, als mancher anderen Theorie. Wächter betont, wie wir, daß die Quellen zwingende Gründe zum Handeln für den gestor fordern. Der Unterschied liegt nur darin, daß wir diese zwingenden Gründe nicht in objectiven Notwendigkeitsansichten, sondern darin suchen, daß die Gesammtheit der äußeren im Geschäftskreise des Herrn vorliegenden Umstände billigerweise eine zwingende Macht auf das Schlußvermögen und hierdurch auf die Handlungsweise des gestors ausüben mußte.

§ 3.

Vangerow und Holzschuher.

An die Ansicht Wächters schließt sich Vangerow an. Indem er zunächst betont (cf. Lehrbuch der Pandekten 3. Band p. 484 § 664 sub 3) daß es in der Natur der Sache liege, daß Niemand verpflichtet sein könne, eine jede Geschäftsführung

[1]) Ein nicht geäußerter, nicht erkennbarer Wille ist für das Recht ohne Bedeutung; er ist für den gestor ein innerer Umstand, dessen Kenntniß Niemand von ihm fordern kann.

anzuerkennen, weil wir sonst in unerträglicher Weise den Nützlichkeitsansichten Dritter preisgegeben sein würden, stellt er sodann den Satz auf, daß in der Regel der dominus nur dann obligirt sei, wenn die Geschäftsführung geschehen sei, um drohende Schaden abzuwenden, also in Notfällen; nur unter dieser Voraussetzung sei eine von vorn herein gültige Klage vorhanden. Vangerow faßt das utiliter gestum objectiv auf, geht aber noch weiter wie Wächter, indem er notwendig nur dasjenige nennt, was einen drohenden Schaden abzuwenden vermag. Ob ein Schaden bevorsteht, entscheidet die Ansicht des gestors.

Holzschuher (Theorie und Casuistik Band III. p. 622) schließt sich, obwohl schwankend, an Wächter und Vangerow an, indem er meint, nur diejenigen Handlungen müsse man anerkennen, welche man selbst vernünftiger Weise wollen mußte, welche nämlich im Gebiet der Notwendigkeit liegen, oder welche vorgenommen wurden, um drohenden Schaden abzuwenden.

Holzschuher meint, hiernach fielen alle in abstracto für nützlich zu achtende Handlungen aus, welche es in concreten Verhältnissen nicht seien, z. B. wenn der gestor ein Haus reparire, welches der Besitzer, als ihm unnötig, eingehen lassen wollte. In derselben Anmerkung heißt es aber: »Dagegen, was vernünftiger Weise gethan werden mußte, z. B. das baufällige Haus des Abwesenden zu stützen, ist der dominus anzuerkennen schuldig, selbst wenn der Erfolg der Erwartung nicht entsprach.« Ein und dasselbe Beispiel wird hier für die nützlichen und die notwendigen Geschäfte gewählt! Worin liegt der Unterschied? Es kommt nicht auf objective Notwendigkeit an, es kommt darauf an, ob nach den erkennbaren äußeren Umständen der Herr höchst wahrscheinlich das Haus reparirt hätte!

Mit Recht betont dagegen Holzschuher, obwohl er in der utilitas absentis irrt, die utilitas absentium, und nennt die-

selbe ein weiter als das Bereicherungsprincip greifendes Princip des Quasicontracts (cf. p. 623 loc. cit.).

§ 4.

Leist.

(Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. Zweites Heft der civilistischen Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. 1855.)

Was die Ansichten Leists betrifft, so theilen wir mit ihm nur die eine, daß »nach einem heutzutage mit dem Begriff der Fiction vielfach getriebenen Mißbrauch, welcher sich auf Unklarheit über das dogmatische Wesen der Fictionen stützt, insbesondere davor gewarnt werden muß, daß man nicht etwa glaube, die n. gestio mit der Bezeichnung eines fingirten Contracts schon irgend innerlich charakterisirt zu haben« (p. 161). Dennoch behält Leist die Fiction des wirklichen Willens des Herrn bei und nennt als den doppelten Grund der actio contraria das objective Erfaßtwerden des fremden Souveränitätskreises und das materielle nicht vertragsmäßige Zusammentreffen der beiderseitigen wirklichen Willen. Wir glauben nicht, daß mit dieser neugeschaffenen »Willensgemeinschaft« etwas gewonnen ist (p. 164), und müssen davor warnen, den menschlichen Willen, die Grundsäule des Rechts, da als vorhanden anzunehmen, wo er fehlt. Auch ist dieser »wirkliche Wille« des Herrn kein wirklicher Wille, denn Leist, welcher ihn »probablen Willen« nennt, sagt selbst, daß er diesen Ausdruck in dem besonderen Sinn der Nachweislichkeit der Voraussetzung brauche, daß der dominus nach seinen concreten Verhältnissen eadem facturum fuisse. Die Beachtung des »probablen Willens« ist eben nichts anderes als die Anforderung, die utilitas absentis zu wahren. Die neg. gestio beruht nicht auf einem so überaus »feinem Gewebe« wie Leist annimmt, sondern auf klaren Principien der Billigkeit.

Wenn ferner Leist annimmt, daß sich durch die drei von ihm als dogmatisches Ganze betrachteten Institute [1]) der erlaubten ungerufenen Einmischung in das »Vermögensterritorium einer fremden Privatsouveränität« ein gleichmäßiger Charakter hindurchziehe, nämlich das necessarium, utile und voluptuarium negotium, und auf Grund dieses Unterschieds der drei Classen einen verschiedenen Anspruch des gestors construirt (allerdings im engsten Zusammenhang mit den übrigen Erfordernissen), so können wir trotz der geistreichen analytischen Methode des Verfassers doch nicht zugeben, daß dieser Unterschied beim Anspruch aus dem negotium utiliter gestum von Bedeutung sei. Leist läßt nämlich außer Acht, daß der Anspruch auch beim Nichterreichtsein des Erfolges besteht. Er sucht diese Klippe dadurch zu umschiffen, daß er behauptet, der Zeitpunkt, von dem an der Anspruch des gestors gegen den dominus datire, sei der, welcher das neg. g. als vollendete Thatsache erscheinen lasse. Wir finden hierin keine Erklärung für die Zumuthung an den Herrn, dem gestor für einen Versuch Ersatz gewähren zu müssen!

Ferner wird auch der Unterschied zwischen necessarium, utile und voluptuarium negotium ein äußerst flüssiger durch die an sich sehr richtige Bemerkung, daß das Geschäft, gleichviel was übrigens sein Inhalt sei, unter Berücksichtigung nicht bloß der allgemeinen, sondern auch der besonderen Verhältnisse des dominus begonnen und fortgeführt werden müsse, so daß man, auch wenn seine voluntas nicht vorliege, in probabler Weise müsse sagen können: dominum eadem facturum fuisse (p. 110). Diese Betonung der Subjectivität widerspricht den

---

[1]) Die drei Institute sind:

a) die Impensen,

b) die actio de in rem verso,

c) die negotiorum gestio.

drei objectiven Erfordernissen des necessarium, utile und voluptuarium negotium (p. 111).

Weil Leist den Anspruch aus dem neg. utiliter gestum nicht als einen ganz besonderen, mit keinem anderen vergleichbaren betrachtet, muß er seine Verwunderung darüber aussprechen, daß man die unbefugte Geschäftsführung für Andere als etwas zunächst Unbefugtes hinstelle, und »dann gleich zum Gesetzgeber hinspringe, damit er allerlei verordne« (pp. 5, 6).

Was die von Leist betonte naturalis ratio betrifft, so möchten wir entgegnen, daß es nach derselben doch selten im Leben vorkommen wird, daß ein Herr sich für verpflichtet hält, dem gestor, der nur bis zu einem vergeblichen Versuche gekommen, Ersatz zu leisten; für rechtlich verpflichtet wird er sich schwerlich halten, und darauf, nicht auf moralische Pflichten, kommt es hier allein an (p. 168).

Dennoch finden wir trotz aller Abweichungen einen Anklang an unsere Auffassung. Was Leist probablen Willen nennt, ist unsere Anforderung eines zu billigenden Schlusses auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn aus den äußeren im Geschäftskreis erkennbaren Umständen. Es hätte nur der falsche Ausdruck »Wille« gestrichen werden sollen. Damit wäre freilich auch Leists »Willensgemeinschaft« gefallen.

§ 5.

Jacobi.

Jacobis Auffassung läßt Vergleichungspunkte mit Leist zu. Auch er hebt mit Recht hervor, daß der Ausdruck quasi ex contractu durchaus keine wissenschaftliche, sondern die rein praktische Bedeutung habe, daß eine beliebige rechtliche Thatsache schon an sich so wirkt, wie nur ein Contract wirken könnte, daß aber hiermit die innere Natur jener Thatsachen nicht im Geringsten bezeichnet werde (cf. Jahrb. f. Dogm. IV.

p. 284). Der Angelpunkt seiner Lehre ist die Definition des negotium utiliter gestum als eines Geschäfts, dessen Nutzen wegen der dadurch erwirkten Ersparniß von Ausgaben, welche der dominus sonst selbst gemacht haben würde, in dem Unternehmen selbst liege (p. 223 loc. cit). Als Ersparniß soll nur gelten die Bestreitung notwendiger Ausgaben, bei anderen bedürfe es eines besonderen und nur selten möglichen Nachweises, daß und wieweit dem dominus dadurch Ausgaben aus eigener Tasche gespart worden seien. Es leuchtet sofort ein, daß dieser Ersparniß-Theorie das negotium utiliter coeptum ein Stein des Anstoßes sein muß. Um hier nicht zu straucheln, stellt Jacobi die durch nichts unterstützte Behauptung auf: So oft sich eine Ersparniß nachweisen läßt, liegt der Nutzen (die Bereicherung) schon in dem Unternehmen selbst (neg. utiliter coeptum)! Dies ist ein Dogma, welches wir glauben sollen; dem Ungläubigen ist nicht zu helfen! Ich meine denn doch dadurch, daß mir mein Nachbar Holz kauft um mein Haus zu stützen, ist mir, wenn das Holz vorher gestohlen wird, durchaus nichts erspart worden, eine so gewagte Construction der »Ersparniß« widerspricht dem gesunden Menschenverstande. Freilich läßt sich, wenn man ein solches Dogma aufstellt, dann leicht »mit logischer Notwendigkeit« folgern, daß es auf den anderweiten Erfolg nicht ankommen könne, da nicht der eventus sondern die in dem Vermögen des dominus steckende (Wo?) Kostenersparniß die Bereicherung bilde (p. 223).

In der That ist also nach Jacobi die durch einmalige Ersparniß dem Betrag der ersparten Ausgaben gleichkommende unzerstörbare (?) Bereicherung (?) die Grundlage des Anspruchs. Der Verfasser suchte nach einer »Bereicherung«, die Bereicherung des Einzelnen ist aber nicht das Fundament der n. g.! Wer die neg. gest. construirt, muß weiter hinaus blicken, er muß die Gesammtinteressen (ut. absentium)

betrachten ohne dabei das Einzelinteresse (ut. absentis) aus dem Auge zu verlieren!

Ferner beschränkt Jacobi die utilitas absentis bei dem objectiv notwendigen Geschäft. Hier soll die Einrede, die Ausgaben würden trotz ihrer Notwendigkeit nicht gemacht worden sein, grundsätzlich als unerheblich (!) betrachtet werden, weil der dominus den überwiegenden Vortheil bereits genieße, meist ohne sich dessen entäußern zu können, sich überdies selbst einer nicht zu berücksichtigenden Unvernunft und Unredlichkeit beschuldige. Das freie subjective Belieben, das Grundrecht der Persönlichkeit, nennt Jacobi Unvernunft! Unredlich sollen wir sein, wenn wir uns nicht die Ansichten der Durchschnittsmenschen über notwendige Ausgaben aufzwingen lassen wollen!

Auf der andern Seite beschränkt Jacobi die utilitas absentium. Er verlangt bei allen anderen Geschäften einen besonderen und nur selten möglichen Nachweis, daß und wieweit dem dominus dadurch Ausgaben aus eigener Tasche erspart worden seien, indem er die Ausgaben trotz ihrer Unnötigkeit gleichwohl gemacht haben würde. Eine Gesetzgebung, die diesen strengen Beweis fordern wollte, müßte alle gestoren zurückschrecken!

§ 6.

Dankwardt.

Unter den Ansichten, welche den Anspruch aus dem neg. utiliter gestum auf eine doppelte Fiction stützen, geht am weitesten Dankwardt (die negotiorum gestio, Rostock 1855). Er fingirt einfach den Willen des Herrn und fingirt dann eine Vereinigung dieses Willens mit dem Willen des gestors. Dieses selbstgeschaffene Phantasiegebilde, welches als Bild recht gute Dienste zu leisten vermag, soll dann die ratio legis erklären. »Das Recht«, heißt es p. 26 loc. cit., »behandelt ge-

wisse für einen Andern vorgenommene Handlungen, wenn sie Gegenstand eines Mandats sein können, als wäre der Handelnde von diesem dazu beauftragt worden. Der fehlende Auftrag wird rechtlich fingirt. Dies geschieht dann, wenn anzunehmen ist, daß die für den Andern vorgenommene Handlung im Augenblicke ihres Beginnes von diesem als einem guten und sorgsamen Hausvater gebilligt werden mußte, so daß die hinterherige Verweigerung seiner Ratihabition auf seiner Bornirtheit,[1]) seinem Eigensinn, dem unglücklichen Erfolg des Unternehmens oder endlich der casuellen Wiedervernichtung des erreichten glücklichen Erfolges beruhen würde.« Hiernach sollen also Jedem in jedem Falle die objectiven Ansichten eines guten Hausvaters aufgezwungen werden, es wird also die utilitas absentis gröblich verletzt. Hiermit steht in Widerspruch, daß p. 29 behauptet wird, es müsse Rücksicht auf die individuellen Neigungen, Geschäftsmaximen genommen werden, die Frage nach der Nützlichkeit sei quaestio facti (cf. p. 30). Auch diese Anforderung wird wieder aus der Fiction des Mandats erklärt. Ebenso wird aus dem Mandat erklärt, daß der dominus die Gefahr des glücklichen Erfolges sowie die der Stabilität des erreichten Erfolges trage, denn da es sich um einen fingirten Auftrag handle, so komme es auf den Zeitpunkt des Beginnes der Handlung an. In der That ein circulus vitiosus! Es kommt doch in keiner anderen wahren Wissenschaft vor, daß man die Wahrheit aus einem selbstgeschaffenen Bilde zu construiren sucht, wann endlich wird die Jurisprudenz diesen Irrweg verlassen?

Wenn daher Dankwardt annimmt, daß das ganze Fundament der n. g. im Grunde nichts weiter sei, als ein fingirtes Mandat, so ist hiermit gar nichts, am wenigsten ein »Princip« gegeben! Sein Vorwurf gegen die Römischen Juristen ist

[1]) Dergleichen Kraftausdrücke verrathen stets daß sich der Autor auf unsicherem Boden fühlt!

daher durchaus unbegründet.[1]) Ebenso unbegründet ist seine »unparlamentarische« Polemik gegen Windscheid, sein Vorwurf des Mangels eines »höheren Princips« fällt vielmehr auf ihn selbst zurück (cf. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII. S. 341 Note 2 und Windscheid Pand. § 430 Anm. 17 a. E.)

§ 7.

Witte.

Die unter dem Titel »die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts« erschienene epochemachende Schrift des in der Ueberschrift genannten Verfassers berührt unser Gebiet nur wenig. Der Verfasser sagt selbst »näher festzustellen, wann eine Geschäftsführung als utilis anzusehen sei, liegt außerhalb des Interesses der gegenwärtigen Untersuchung« (p. 7 loc. cit.). Die Kritik muß daher an die Andeutungen Wittes mit Vorsicht herangehen, da der Verfasser sich die nähere Ausführung noch vorbehalten hat.

Zunächst betont Witte mit Recht, daß die Bereicherung ebensowenig unmittelbares Fundament der a. n. g. contraria sei als das Object der Klage durch die wirkliche Bereicherung bestimmt werde (p. 7). Als das Grundprincip nennt auch er die utilitas absentium, das Interesse der verhinderten Herren

---

[1]) cf. p. 26 loc. cit. »Dieses einfache Princip (vielmehr Fiction!) kam den Römischen Juristen nicht zur klaren Anschauung. Mit unerhörter Mühe (aber mit Erfolg!) entwickelten sie sich aus den Worten des Edicts, aus dem Nützlichkeitsgrunde (als aus dem Fundamente!) desselben oder endlich bloß nach Maßgabe des praktischen Bedürfnisses (vielmehr der Billigkeit!) stückweise die einzelnen Sätze, welche sich einfach als Consequenzen aus jenem Princip ergeben.« Die Römer erkannten eben, daß aus einem Quasicontract, ein Ausdruck der für sie historisch ganz berechtigt war, sich nichts herausconstruiren lasse, ihre »unerhörte Mühe« ist eben nichts weiter, als ein Eingehen auf die ratio legis. Dieser »unerhörten Mühe« verdanken wir es, daß ihre Sätze für das Recht der modernen Welt ihre volle Bedeutung behalten haben.

(p. 6). Daneben nennt er jedoch nicht die utilitas absentis, sondern die Forderung der Billigkeit, daß Verwendungen, welche nur in der Voraussetzung des Ersatzes gemacht waren, wiedererstattet würden, wenn sie den Nutzen des dominus gefördert. Wir erkennen in dem Gerechtwerden dieser Forderung nur ein nützliches Nebenprodukt unseres Instituts, das in erster Linie für die Geschäftsherren eingeführt worden ist.

Die weiteren Andeutungen Wittes lassen allerdings darauf schließen, daß er ebenfalls eine doppelte Fiction annimmt, er sagt: »der Prätor fingirte ein Mandat, oder vielmehr eine Ratihabition der Geschäftsführung in allen den Fällen, in denen der dom. neg. entweder selbst oder durch einen Beauftragten die fragliche Handlung vorgenommen haben würde.« Hierdurch nimmt allerdings das Institut »den Charakter eines auf stillschweigendem Vertrage ruhenden Rechtsmittels« an.

Allein Witte construirt aus dieser doppelten Fiction nichts heraus! Daher dürfen wir wohl annehmen, daß er dieselbe überhaupt nur als Bild gebrauchen will. Hierzu sind wir um so mehr berechtigt, als Witte alles darauf ankommen läßt, ob der Herr die fragliche Handlung vorgenommen haben würde. Daraus erhellt, daß Witte nicht objective Erfordernisse, sondern das Erforderniß der subjectiven utilitas absentis bei näherem Eingehen aufgestellt haben würde. Daß auf die Fiction nicht allzuhoher Werth gelegt wird, zeigen auch die Worte: Mandat oder Ratihabition. Sollte aus der Fiction construirt werden, so hätte Witte wohl nicht zwei Fictionen sondern nur eine als möglich erwähnt.

§ 8.

Chambon.

In dem § 7 des ersten Abschnitts seiner civilistischen Abhandlung »die negotiorum gestio« behandelt Chambon ein-

gehend das »Requisit der utilitas« (p. 62). Er hält diese Lehre mit Wächter für den Hauptpunkt, glaubt sie aber doch nicht an die Spitze stellen zu dürfen, weil das »negotium alienum« und der »animus neg. aliena gerendi« die »letzte Basis der Obligation« bildeten (cf. p. 62 Anm. 1). In dies Dilemma müssen alle Abhandlungen kommen, die den Anspruch aus dem neg. utiliter gestum nicht von dem Anspruch aus der Bereicherung und der Genehmigung trennen!

Leider geht auch Chambon von einer Fiction aus, er gründet nämlich den Anspruch aus dem n. ut. g. auf eine fingirte Genehmigung. Bei dem Vorhandensein der utilitas soll die Ratihabition nicht mehr als das Ergebniß der freien Willensbestimmung des Herrn erscheinen, sondern der Herr soll von dem Richter gezwungen werden können sie zu ertheilen (p. 62), der gestor hat gegen den Herrn ein Zwangsrecht auf Genehmigung (p. 132).

Wir müssen, abgesehen von der Unfruchtbarkeit aller Fictionen für die Construction der Begriffe, mit Seuffert (die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte p. 36 ff.) hervorheben, daß es keine fingirte Genehmigung gibt, weil es keine Verpflichtung zu einer solchen gibt. Es gibt überhaupt keine notwendige, noch weniger eine erzwingbare Genehmigung, denn Willenserklärungen lassen sich nicht erzwingen. Chambon ist zu dem »Zwang zur Genehmigung« dadurch gelangt, daß ihn die scheinbare Gleichstellung des Anspruchs aus dem neg. utiliter gestum und der Genehmigung getäuscht hat.[1]) Die Gleichstellung ist aber nur eine scheinbare; Dritten gegenüber tritt der Unterschied zwischen Beiden sofort deutlich hervor

[1]) Dies zeigt p. 75 loc. cit. »Der Begriff der utilitas ist ein relativer, von dem Herrn im concreten Fall wenigstens insoweit zu bestimmender, als ein Zweifel, wenn er erklärt, daß nach seinen Verhältnissen utiliter gehandelt worden sei, dagegen aus allgemeinen Gründen nicht erhoben werden kann.«

(cf. Seuffert p. 38). Wir verweisen hier auf den § 1 des III. Abschnitts dieser Abhandlung.

Der Rückfall Chambons in das Fictionsunwesen ist um so bedauerlicher, als er die utilitas absentis richtig definirt. Nach einer scharfen und strengen Kritik der objectiven Theorieen (p. 63 bis 70) nennt er das von Wächter aufgestellte Erforderniß, daß der von dem gestor gemachte Anfwand den Verhältnissen des Geschäftsherrn angemessen, und das Unternommene wirklich seinen Plänen und Absichten nicht geradezu entgegen sein müsse, den Grundsatz für die Entscheidung über eine utilis gestio; der gestor soll die Geschäfte so führen, wie sie der Herr selbst geführt haben würde. »Der Wille des Herrn«, heißt es p. 71, »insofern sich derselbe durch Worte oder Handlungen zu erkennen gegeben hat, ist die nächste Richtschnur, der der gestor folgen muß. Es ist seine Pflicht, diesen Willen zu erforschen, gelingt ihm dieß aber nicht, so ist es die Individualität, die Stellung und die übrigen Verhältnisse, die er in Erwägung ziehen, und wonach er seine Thätigkeit einrichten muß; erst wenn im einzelnen Fall diese nicht in Betracht kommen, liegt es ihm ob, den materiellen Vortheil des Herrn im Auge zu haben, denn allerdings soll er nie ganz willkürlich und nach eigenem Gutdünken verfahren. Der Begriff der utilitas ist also ein durchaus relativer, der im concreten Fall erst durch die faktischen Verhältnisse seine bestimmte Gestaltung erhält«. Besser und klarer kann doch nicht ausgesprochen werden, daß der gestor zu seinem Eingreifen durch einen Schluß, den er billigerweise aus der Gesammtheit der äußeren im Geschäftskreis des Herrn vorliegenden, erkennbaren Umstände auf dessen vermuthliche Handlungsweise ziehen mußte, veranlaßt sein muß (utilitas absentis). Allein Chambon fehlt das Fundament der utilitas absentium die mit der util. absentis in engster Beziehung steht, und daher nimmt er, obwohl das von ihm verlangte Ergebniß des Schlusses des gestors mit dem wirklichen oder vermuthlichen

Willen des Herrn nichts gemein hat, zu einer fingirten Willenserklärung seine Zuflucht. Am schlimmsten tritt die Zusammenwerfung der beiden grundverschiedenen Ansprüche aus der Genehmigung und dem n. utiliter gestum p. 75 hervor. Nicht die utilitas absentis allein ist ein unbedingtes Requisit der actio contraria, sondern das neg. utiliter gestum, in welchem die utilitas absentis und die utilitas absentium verborgen liegt.

§ 9.

Köllner.

Köllner, welcher sich nach seinen eigenen Worten eng an Chambon anschließen will (cf. § 26 p. 81 »Grundzüge der der obl. neg. gest.« Göttingen 1856), hat sich weit mehr wie dieser von der verderblichen Aushilfe der Fiction frei gemacht. Er betont zuächst mit Recht, daß der actio contraria das Interesse des Herrn als Princip zu Grunde liege, daß aber die Billigkeit gegen den gestor erst in zweiter Linie von Bedeutung sei, denn das Interesse des Herrn fordere eine Geschäftsbesorgung in seinem Sinn und Interesse und nur insofern der Geschäftsführer diesen Anforderungen Genüge leiste, könne ihm die Billigkeit den Anspruch auf Ersatz seines Aufwandes zuerkennen (cf. § 22 loc. cit.).

Nachdem er sodann die argen Mißverständnisse, welche aus der Nützlichkeitstheorie entstanden sind, nachgewiesen, begründet er die eigne Ansicht auf folgende Weise. Die neg. gest. charakterisire sich im allgemeinen als die Vertretung des Herrn; ihr erstes Requisit sei ein Grund der Vertretung. Um sie zu einer utilis zu machen, müsse zu dem Grunde der Stellvertretung noch ein Mehreres hinzutreten; dieses ergebe sich aus der Auffassung der negotiorum gestio als Stellvertretung des dominus in Geschäften. Der gestor habe als Stellvertreter so zu handeln, als ihm der Wille des Ver-

tretenen vorschreibe oder als der Herr selbst gehandelt haben würde. Er habe also nur solche Geschäfte zu besorgen, welche der Herr besorgt haben wolle, oder zu besorgen pflege, oder falls er selbst an der Spitze seiner Geschäfte stände, besorgt haben würde, und in der Besorgung der Geschäfte habe er selbst wiederum nur durch die Rücksicht auf die Art und Weise, wie der Herr selbst seine Geschäfte zu besorgen pflege, sich leiten zu lassen. Es sei eben der Gesichtspunkt entscheidend, daß der gestor als Vertreter des Herrn handle (cf. § 26 p. 81).

Wir finden in der utilitas nicht etwas anderes, als einen Grund zur Uebernahme fremder Geschäfte, wie Köllner, sondern für die von vorn herein gültige Klage den einzigen Grund! Köllner kann sich von der Fiction des Willens nicht ganz trennen, wenn er auch die Fiction der Willensvereinigung vermeidet. Der geäußerte Wille des Herrn, den der gestor erfährt, ist von ganz anderer Bedeutung, als der Wille, der einen Andern zum Stellvertreter ernennt. Dieser erstere Wille ist ebenso bloß eine Grundlage für die Schlußfolgerung des gestors, als die Gewohnheit oder Praxis des Abwesenden eine solche ist. Das an sich richtige Resultat Köllners läßt sich nicht einfach daraus ableiten, daß der gestor als Vertreter des Herrn zu handeln habe, denn es fehlt zwischen ihm und dem Herrn der verbindende Wille, welcher ihn zu einer solchen Vertretung bestellt. Wir erhalten keine Antwort auf die Frage, wie der einzelne Herr dazu kommt, Ersatz für Auslagen zu liefern, die ein Stellvertreter ohne Erfolg für ihn gemacht hat?

Indem Köllner neben die utilitas absentium im negotium utiliter gestum den Umstand stellt, daß der gestor der Stellvertreter des Herrn ist, übersieht er, daß die Rücksicht auf den gestor erst in zweiter Linie in Betracht kommt. Köllners richtiges Resultat läßt sich nicht aus dem Worte »Stellvertreter« erklären, sondern aus dem Zusammenwirken der

Römischen Erfordernisse der utilitas absentium und utilitas absentis. Die Stellvertretung im Sinne des Herrn beruht immer nur auf einer Schlußfolgerung, es bleibt möglich, daß der Herr, wenn er da gewesen wäre, ganz anders seine Stelle ausgefüllt hätte, aus inneren Motiven, die der gestor nicht wissen konnte; bei der durch Contract bestellten Stellvertretung ist dies ganz anders, hier liegt eine Willenseinigung vor, hier muß sich der Herr, einzig auf Grund seines geäußerten Willens, gefallen lassen, daß der Stellvertreter wie sein alter ego behandelt wird; im Falle der neg. gestio aber kann ihm allein deßhalb, weil der gestor sozusagen als Stellvertreter gehandelt, nicht zugemuthet werden, demselben, sogar wenn er gar nichts erreicht hat, Ersatz zu leisten. Köllners Resultaten fehlt also die tiefere Begründung aus der ratio legis.

Auch vermissen wir die Anforderung, daß der gestor zu seinem Schlusse billigerweise gedrängt werden mußte, die objective Notwendigkeit. Ohne dieses Erforderniß wird der an sich so relative Begriff der utilitas zu sehr verflüchtigt! Nach dem Satze Nr. 4 des § 27, daß »ein nach den Verhältnissen und mit Rücksicht auf die Interessen des Herrn notwendiges Geschäft die Klage jedenfalls begründe, dagegen ein den Herrn belästigendes Geschäft die Klage jedenfalls ausschließe«, neben den im vorhergehenden Paragraphen aufgestellten Erfordernissen der Notwendigkeit und Nützlichkeit für den Herrn, ist aber anzunehmen, daß Köllner die Notwendigkeit nicht in unserm Sinne auffaßt.

§ 10.

Zimmermann.

Die beiden Schriften Zimmermanns über die neg. gestio, die ältere »Aechte und unächte negotiorum gestio« und die neuere »Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio«

gehen nicht auf den Begriff der utilitas ein; es wird nur beiläufig erwähnt, »daß über dessen näheren Sinn ungezählte Ansichten existiren« (Aechte und unächte n. g. p. 5 Anm. 1). Der neueren Schrift, welche nur diejenigen rechtlichen Beziehungen, welche die neg. gestio zwischen dem dominus und der Außenwelt bewirkt, behandelt,[1]) lag die utilitas allerdings ferner, die ältere Schrift jedoch, welche das innere, zwischen dominus und gestor bestehende Rechtsverhältniß behandelt, durfte nicht über denselben hinweggehen. Der Anspruch aus dem negotium utiliter gestum ist ein zu wichtiger und auf ganz besonderen Grundlagen ruhender, als daß er in einer derartigen Monographie ungestraft übergangen werden könnte.

Der Unterschied zwischen ächter und unächter n. g. ist für ein größeres Gebiet von Bedeutung als für den Anspruch aus dem n. utiliter gestum. Aechte n. gestio liegt nach Zimmermann dann vor, wenn Jemand mit Wissen und Willen in fremdem Interesse thätig wird, ohne dazu durch eine besondere Beziehung, in der er zum Principal stände, gerufen zu sein (»Die stellv. n. g.« p. 8 und »Aechte und unächte n. g.« p. 7). In dieser Auffassung liegt der große Fortschritt gegenüber der älteren Lehre von dem negotium alienum. Nicht die objective Thätigkeit in fremden Angelegenheiten, sondern der animus aliena negotia gerendi ist der Brennpunkt der Lehre. »Es genügt, daß der animus n. al. gerendi kein absolut untaugliches Mittel ergriffen, d. h. sich nicht in einer Thätigkeit geäußert hat, die für den vom gestor ins Auge gefaßten Herrn keinerlei Interesse haben konnte.«[2]) Auch nach unserer

[1]) Stellvertretende neg. gestio liegt vor: »wenn Jemand ein Rechtsgeschäft auf fremden Namen, also in der erkennbaren Absicht, die Vornahme desselben Seitens eines Anderen zu ersetzen, vornimmt, ohne hierzu durch eine besondere Beziehung, in der er zum Principal stände, gerufen zu sein«. (p. 136 loc. cit.)

[2]) cf. Aechte und unächte n. g. p. 7.

Auffassung tritt das objective Erforderniß des neg. alienum zum Mindesten in den Hintergrund; für das n. utiliter gestum ist es eine negative Forderung, weil der Schluß des gestors dann keine Billigung verdient, wenn sein Resultat der Wirklichkeit offenbar zuwider läuft.

Hier vermissen wir das Erforderniß des n. utiliter gestum für eine von vorn herein gültige a. contraria. Zimmermann sagt nur, die Geschäftsführung sei dann eine gerufene, wenn das Interesse des Principals dieselbe (wirklich) wünschenswerth mache, und der Herr verhindert sei (p. 131 D. stellv. n. g.). »Daher hafte in diesen Fällen der gestor nur für jede bei der Ausführung begangene culpa«. Dieser Schluß verlangt aber eine andere Grundlage! Nur die utilitas absentium in engster Verbindung mit der utilitas absentis macht die Geschäftsführung zu einer gerufenen, wenn die zwingende Macht der äußeren im Geschäftskreise des Herrn vorliegenden Umstände den gestor zum Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn nöthigte und ihn gleichsam herbeirief. Es genügt durchaus nicht und ist auf der andern Seite nicht hinreichend, daß etwas im Interesse des einzelnen Principals wirklich wünschenswerth sei! Sollte unter »wirklichem Interesse« das rechte Erforderniß verstanden werden, so bedurfte es einer Definition auf diesem so streitigen Gebiete.

Von der Fiction eines Willens des Herrn hält sich Zimmermann frei. Er tritt derselben indirect entgegen, indem er bei der Lehre von den Wirkungen der Ratihabition (p. 190 p. 191 loc. cit.), auf deren Streitfragen einzugehen hier nicht der Ort ist, ausspricht, die vor der Genehmigung in rechtlichen Betracht kommende Ungewißheit sei nicht die Ungewißheit des gegenwärtigen, sondern die des künftigen Willens des Principals, ein etwa gegenwärtig schon vorhandener Wille komme auf keinen Fall in rechtlichen Betracht, aus dem einfachen Grunde, weil er nicht geäußert sei; wäre er (ge-

hörig) geäußert, so läge ja ein Mandat vor. Unter »gehörig« ist hier wohl »contractlich« zu verstehen, ein anders geäußerter Wille ist für den gestor nur ein äußerer bei der Schlußfolgerung zu beachtender Umstand. Ferner sei Ratihabition auch dann zulässig, wenn ganz gewiß sei, daß der Wille des Ratihabenten bei Abschluß des Geschäfts nicht vorhanden war. Wir bemerken hierzu, daß auch der Anspruch aus dem neg. utiliter gestum oft, sehr oft vorliegen wird, wo der Principal im Momente des Geschäfts keine Ahnung von demselben und mithin auch keinen Willen hatte. Wir glauben kaum, daß von den Vertretern der Fictionstheorien dieser Umstand irgend wie erklärt werden kann.

§ 11.

Ruhstrat.

Unter den modernen Schriften über die neg. gestio sind die umfangreichsten entschieden Ruhstrats Abhandlungen, und ihre scheinbare Breite dient keineswegs zum Nachtheil dieser schwierigen Lehre (cf. I. Beiträge zur Lehre von der neg. gestio, Archiv für civ. Praxis XXXII, 7. XXXIII, 2. 9. XXXIV, 3. II. Ueber negotiorum gestio 1858. III. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IX. 3. 1868. Die letztere Abhandlung enthält eine Vertheidigung der früheren Grundsätze Ruhstrats, angeregt durch die Angriffe Jacobi's und Windscheids).

Das Hauptverdienst Ruhstrats besteht meines Erachtens darin, daß er wie kein Anderer betont, daß der Herr an der Vornahme der Geschäfte verhindert gewesen sein muß, wenn eine von vorn herein gültige Klage entstehen soll.[1])

[1]) cf. u. A. »Ueber neg. gestio« p. 68. »Es wäre in der That ein wunderlicher Rechtszustand, wenn der dominus, welcher seine Geschäfte selbst besorgen kann, und die erforderlichen Gelder in der Tasche hat, den casuellen Untergang des von einem Gerenten geliehenen Geldes tragen müßte.«

Auch nach unserer Theorie schließt der Mangel dieses Erfordernisses einen zu billigenden Schluß auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn aus. Zudem ist die utilitas absentium ja das Grundprincip.

Allein auch Ruhstrat construirt aus der Fiction eines vermuthlichen Willens' des dominus heraus. Die Hauptschuld trägt hieran seine Verkennung der utilitas absentium und ihrer Wechselwirkung mit der utilitas absentis. Auf Seite 35 des Arch. f. civ. Pr. XXXIII. B. II. heißt es nämlich in den Beiträgen in Beziehung auf die mit Rücksicht auf einen Abwesenden vorgenommene neg. gestio: »Hier lag nun anscheinend die ratio zum Grunde: ne negotia absentium desererentur«, allein da die Bedürfnisse der negotia absentium nur scheinbare, keine wirklichen Bedürfnisse waren, wenn sie zwar der objectiven Betrachtung nicht aber dem Willen des Geschäftsherrn als solche erschienen, so konnte es nicht fehlen, daß bei der Umbildung dieser Lehre erkannt wurde, wie der eigentliche Entstehungsgrund dieser obligatio nur in der vom dominus wegen seiner Abwesenheit gewünschten Vertretung zu finden, jene ratio aber nichts Anderes sei, als ein aus der unklaren Auffassung des wahren Princips hervorgegangener unreifer Gedanke.«

Mit dergleichen Anschuldigungen der Römischen Juristen sollte man doch vorsichtiger sein! In diesem Falle ist ein Vorwurf geradezu ungerecht und verfehlt! Die utilitas absentium, das Interesse der Gesammtheit, nicht die von dem einzelnen dominus gewünschte Vertretung ist das Grundprincip der Lehre, als zweites Princip tritt daneben die oft erwähnte Anforderung eines zu billigenden Schlusses auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn. Ruhstrat macht aus der vermuthlichen Handlungsweise einen »vermuthlichen Willen« und geräth so auf den Abweg einer Unterscheidung zwischen einem generellen und einem speciellen negotiorum gestor. Beim generellen neg. gestor nur soll es darauf an-

kommen, ob der Geschäftsherr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; bei der Ausführung der einzelnen Geschäfte sei der gestor zu jeder an und für sich verständigen Verwaltungshandlung befugt (cf. hierzu Windscheid § 430 Anm. 21). Diese Unterscheidung ist unhaltbar! Ruhstrat selbst betont, daß die beiden Begriffe relative sind, in der Praxis dürften sie sich schwerlich fruchtbar erweisen. Die Unterscheidung ist aber auch unnötig! Ruhstrat wurde auf dieselbe durch die Erwägung gebracht, daß der gestor bei Einzelheiten nicht im Stande sei, den Willen des dominus in Erfahrung zu bringen (pp. 240, 241 der Jahrbücher für Dogm. IX). Daneben betont er aber, daß der gestor doch verständig erwägen müsse, was der vermuthliche Wille des Herrn sei. Allein es handelt sich eben weder um den Willen, noch um den vermuthlichen Willen des dominus, es handelt sich um seine vermuthliche Handlungsweise. Auf diese kann und muß der gestor auch bei den ins Einzelne gehenden Geschäften schließen, soweit er aus den äußeren Umständen im Geschäftskreis des Herrn darauf schließen kann. So unrichtig die genannte Unterscheidung an sich ist, so entspringt sie doch einem richtigen Gedanken. Der gestor muß durch die objective Notwendigkeit billigerweise zu seinem Schlusse gedrängt sein, und dies muß stets der Fall sein! Nur in diesem Falle darf er bei ins Einzelne gehenden Geschäften eventuell annehmen, daß der Herr objectiv verständig handeln würde. Wie weit er dabei gehen darf, kann nur billiges Ermessen des Richters bestimmen! Jedenfalls darf er dies nur eventuell annehmen, wenn er aus den äußeren Umständen, die auch bei Einzelheiten vorliegen können, nicht auf das individuelle Belieben des Herrn schließen kann. Bei einer derartigen Auffassung ist gar nicht zu befürchten, daß der gestor aus Furcht, nicht subtil genug zu sein, nicht eintreten würde, denn der bloße bewiesene wirkliche Wille des Herrn ist nicht geeignet, ihm die Klage zu entziehen, sondern nur ein Wille, der als äußerer

Umstand im Geschäftskreis erkennbar war und bei der Schlußfolgerung beachtet werden mußte.

Um den Unterschied der Auffassungen zu zeigen, wollen wir noch ein interessantes Beispiel betrachten, welches Ruhstrat aus seiner Praxis anführt. Jemand, der lange auf Java gewesen, macht eine Compensationseinrede durch die Anführung geltend, daß er einen Haussohn des Klägers, der krank geworden und gestorben war, ein Jahr lang mit allem Nötigen an Nahrungsmitteln und Kleidern versorgt habe. Es ergab sich, daß ein nicht unerheblicher Theil der vom Geronten für den Sohn des Klägers angeschafften Kleider nicht zur Verwendung gekommen war, ohne daß dem Geronten eine culpa zur Last fiel.

Ruhstrat meint nun (p. 247 loc. cit.) »wie ungereimt wäre es gewesen, wenn man hier nur Gewicht darauf gelegt hätte, ob auch der dominus, welcher mit den Verhältnissen auf Java ganz unbekannt war und von der dort üblichen und des Klimas wegen angemessenen Bekleidungsart nichts wußte, dieselben Kleider für den Sohn angeschafft haben würde.« Auf diese »Ungereimtheit« können nur die gerathen, welche von einem wirklichen oder vermuthlichen Willen des Herrn sprechen. Was der Herr in Europa *will*, ist gleichgültig, es kommt darauf an, wie er *gehandelt* haben würde, wenn er die Verhältnisse gekannt hätte. Daß er gehandelt haben würde, ergeben genug äußere Umstände! Die Art seiner Handlungsweise ergeben ebenfalls äußere Umstände, einen Winterpelz würde er in Java seinem Sohne nicht gekauft haben! Der Herr kann nicht sagen, »diese Kleider hätte ich nicht gekauft!« Er kann nur sagen: »Dein Schluß ist aus den und den Gründen falsch!« Eins möge hier noch erwähnt werden: auch über die Einzelheiten, d. h. über den Aufwand für die Kleider, war der Sohn, wenn möglich, vom gestor über die vermuthliche Handlungsweise seines Vaters zu befragen, eventuell war dieselbe aus der Vermögenslage des Sohnes zu ent-

nehmen, ferner mußte der gestor, wenn möglich, den Vater brieflich um seinen Willen befragen!

Obwohl endlich Ruhstrat es für gleichgültig erklärt, ob man den vermuthlichen Willen des Herrn mitbenutze, um es sich juristisch zu erklären, daß ein Quasimandatsverhältniß entstehe (was nicht der Fall ist, da die Resultate doch nicht dieselben sind), hält er doch an der Fiction der vermuthlichen voluntas domini fest (cf. p. 27 Ueber n. g. »Ich glaube noch jetzt, daß das Zusammentreffen der auf Geschäftsführung gerichteten voluntas des Gerenten mit dem, wenn auch nicht zum Bewußtsein gekommenen Willen (?!) des dominus der tiefere Grund ist, auf welchem die hier fragliche dem Mandatsverhältniß analoge obl. ruht. Ich bemerke nur noch, daß es der Fiction eines Mandats jedenfalls nicht bedarf«). In seinen früheren Schriften nimmt Ruhstrat an, daß einerseits der Wille des Herrn vorhanden sei, vertreten zu werden, andererseits der Wille des Führers, zu vertreten. Aber diese beiden Willen laufen parallel neben einander her, ohne sich jemals zu berühren. Das Gesetz habe nun nichts weiter zu thun, als das Band zu suppliren oder zu fingiren.[1]) Der Wille selbst sei nicht zu fingiren, derselbe müsse vorhanden sein! Allein dieser Wille ist nicht vorhanden! Wenn der Herr nicht weiß, daß er einer Vertretung bedarf, so will er nichts! Der Vater jenes kranken Sohnes in Java hat, so lange er nichts von der Krankheit wußte, keinen Willen gehabt. Ja und wenn der Wille vorhanden ist, so kommt es darauf an, ob er für den gestor äußerlich erkennbar war! Ferner besteht das Wesen der Contracte eben in der Willenskreuzung. Wer zwei neben einander her laufende Willen als sich kreuzend

---

[1]) Da das »Zusammentreffen« der beiden Willen der »tiefere Grund« der n. g. sein soll, dies Zusammentreffen aber fingirt wird, so ist der tiefere Grund eine Fiction. Was erst bewiesen werden soll, wird als bewiesen angenommen!

annimmt, fingirt einen Contract und rechnet mit Größen die nur in seiner Phantasie existiren. Mithin macht sich Ruhstrat gleichfalls einer doppelten Fiction schuldig.

§ 12.

Brinkmann.

Ganz auf dem Standpunkte Ruhstrats steht Brinkmann (cf. Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander. Kiel 1855), wir können daher bei der Kritik seiner Ansicht auf die Bemerkungen über Ruhstrat verweisen.

Brinkmann geht davon aus, daß die obl. n. g. aus einem Quasicontract abgeleitet sei. Deßhalb sei nötig duorum pluriumve in idem placitum consensus (p. 15 loc. cit). Deßhalb sei ferner nötig für die actio contraria der präsumtive, mit dem Willen des gestors berechtigt zu sein übereinstimmende Wille des Herrn, obligirt zu sein. Diese beiden Willen würden durch das Gesetz vereinigt. (Also ist das Fundament der Construction auch hier eine doppelte Fiction!)

Dieser vermuthliche Wille des Herrn soll im Falle einer der Gewohnheit des Herrn entsprechenden Geschäftsführung vollständig, im Falle einer Verwaltung wider die Gewohnheit nicht vollständig befolgt sein (p. 16 loc. cit.), also wird die Gewohnheit dem vermuthlichen Willen gleich gestellt. Die Gewohnheit im natürlichen Sinne, als eine stetige Wiederholung gewisser Vorgänge, ist aber verschieden vom vermuthlichen Willen. Die Gewohnheit läßt nur einen Schluß zu auf die vermuthliche Handlungsweise des Herrn. Consuetudo est altera natura! Was uns zur »zweiten Natur« geworden, davon lassen wir so leicht nicht. Daher ist die Kenntniß der Gewohnheiten des Herrn ein wichtiger äußerer Umstand für die Schlußfolgerung des gestors auf dessen vermuthliche Handlungsweise. Von einem Willen ist hier keine

Rede. Daher ist Brinkmanns Aeußerung, daß der Wille in diesem Falle als vorhanden fingirt werden müsse, widrigenfalls dem Herrn der Vorwurf eines dolus gemacht werden müsse (p. 28), für uns unverständlich. Wie soll der Herr, der von einem Unfall nichts weiß, dolos handeln, wenn er nachträglich sagt, ich hätte das Einschreiten des gestors nicht gewollt, denn ich wäre von meiner Gewohnheit abgewichen? An sich liegt hierin weder (nach Brinkmann) dolus noch (nach Dankwardt) Eigensinn, wohl aber ein nicht geduldetes Auflehnen gegen die utilitas absentium vor. Ja wenn der Herr für den gestor erkennbar gewesene Gründe nennt, aus denen eine Abweichung geschlossen werden mußte, verliert der gestor sogar seine von vorn herein gültige Klage.

Die consuetudo domini ist nicht immer das Entscheidende, richtig aber ist, daß es, wie Brinkmann energisch betont, die necessitas oder die utilitas nicht ist (p. 27). Brinkmann nimmt mit Recht die Möglichkeit eines negotium utiliter gestum bei den objectiven impensae voluptuariae an. Der Schwerpunkt seiner Erörterungen liegt übrigens, wie der Titel sagt, auf einem ganz anderen Gebiete.

§ 13.

Ogonowski.

Wenn Ogonowski als der neueste Autor, welcher über die Geschäftsführung ohne Auftrag geschrieben hat, gerade am unerschrockensten von Allen an der von uns bekämpften Theorie der doppelten Fiction festhält, und am kühnsten aus dieser doppelten Fiction heraus das Rechtsverhältniß des negotium utiliter gestum construirt, so ist dies allein für uns Grund genug, seine Schrift »Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Rechte, Lemberg 1877« auf das eingehendste zu besprechen und zu würdigen. Rechtfertigt doch das Erscheinen dieser Schrift in gewisser Weise den Versuch,

von dem Baume, von welchem schon so Viele Früchte gepflückt, noch einige gesunde Früchte zu schütteln. Dazu kommt, daß ein Autor, welcher wie Ogonowski für die Construction unserer Lehre nach den neueren Rechten so Vorzügliches geleistet, wohl verdient, daß auch seine Ansichten über das Römische Recht Beachtung erfahren. Endlich zeigt Ogonowski's Schrift am deutlichsten, welcher Umstand ihn zu der doppelten Fiction gedrängt hat.

Zunächst finden wir in den »Schlußbetrachtungen« die erfreuliche Erkenntniß, daß die Charakterisirung einer Obligation als Quasicontract oder Quasidelict inhaltslos und unjuristisch sei, und daß daher die neuere Doctrin ihr ausweiche und das Verhältniß entsprechender construire (p. 102). Nach diesen Worten sollte man doch vermuthen, daß der Verfasser bei der Construction von dem Vertragswillen ganz absehen, und etwa wie der von ihm bekämpfte Förster die Obligation als Zustandsobligation construiren werde.

Allein — der Verfasser überrascht uns mit dem, was wir am wenigsten vermuthen! Er sagt p. 104 wörtlich: »Eine jede gerufene Geschäftsführung ohne Auftrag steht m. E. coordinirt und parallel neben dem Mandat, als der beauftragten Geschäftsführung; hier wie dort beruht das Obligationsverhältniß der Parteien auf einem Contractswillen derselben, mit dem blos formellen Unterschiede, daß bei einem Mandat der Wille des Geschäftsherrn als ein ausdrücklich erklärter, hier aber als ein durch die concludenten Umstände notwendig sich ergebender (stillschweigender, materieller (??) Wille) vorliegt; was die römische Jurisprudenz in scropulöser (?) Wahrung der Formelemente (?) hier schüchtern als einen quasi-contractus bezeichnete, entfaltet sich heute gewiß nur als ein **vollkommener Vertrag**, ähnlich wie die römische quasi-possessio (juris) heute gewiß anstandlos als ein vollkommener Begriff des Besitzes coordinirt dem Gattungsbegriffe der possessio rei aufgefaßt wird.«

In der That — ein wahres Taschenspielerkunststück! Man kann sich die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht erklären, daher fingirt man schnell einen Vertrag, erklärt den Auftrag als etwas rein formelles, behauptet daß da, wo es dem Herrn gar nicht einfallen kann etwas zu wollen, ein materieller Wille vorliege, der sich mit dem Willen des gestors einigt, und — das Räthsel ist gelöst! Ich begreife, nebenbei bemerkt, nicht, weßhalb der Verfasser noch von einer Geschäftsführung ohne Auftrag spricht? Es ist ja ein »materieller« Auftrag vorhanden!

Wir wollen nun im Folgenden sehen, wie der Verfasser zu seiner Vertragsfiction kommt und wie er sie benutzt. Daß ein »vollkommener Vertrag« vorliegt, können wir ihm nicht zugestehen, der Ausdruck »coordinirt und parallel neben dem Mandat« verdeckt nur die Thatsache der Fiction.

1. Der Abweg zur doppelten Fiction.

Die Quasicontracte verwerfend prüft Ogonowski die negotiorum gestio als Zustandsobligation, und prüft vor allem die Ansicht Försters, daß das Obligationsverhältniß auf einer einseitigen Rechtshandlung des gestors beruhe. Wir stimmen mit ihm darin überein, daß ein bloß einseitiger Wille des gestors, für den dominus zu handeln, noch sehr wenig an legislatorischem Motiv bieten mag, um die obligatorische Wirkung einer einseitigen Handlung auszusprechen; ein solcher Wille kann nur juristische Beachtung finden, wenn er eine Handlung hervorruft, die einen Andern wirklich bereichert, und wenn diese Bereicherung billigerweise das Recht zu einer Ausgleichung nötigt. Bei dem neg. utiliter gestum kommt es aber auf die Bereicherung nicht an!

Auf die »bloß einseitige Handlung« des gestors (p. 103) kann man daher den Anspruch nicht stützen, wohl aber auf das utiliter gestum, in welchem die utilitas absentium mit inbegriffen ist. Die bloß einseitige Handlung macht die utilitas

absentium zu einer juristisch bedeutungsvollen, soweit sie der utilitas absentis entspricht.

Ogonowski hat die utilitas absentium übersehen, er spricht nur von der utilitas absentis. Dieser Irrthum führt ihn zur Fiction. Auf Seite 17 führt er zunächst aus, daß nur ein die rechtlichen Interessen des dominus wahrender Act das negative Moment der Rechtswidrigkeit der gestio abstreifen könne. Das Einschreiten des gestors wird gesetzlich als legitime, dem im Interesse des Principals wurzelnden Willen desselben adäquate Vertretung sanctionirt (p. 18). Ein jedes Interesse des Geschäftsherrn auf Vertretung soll geeignet sein, den adäquaten Willen des Geschäftsherrn erkennbar zu machen. Der Consens wird dann, wie bei Ruhstrat, supplirt (p. 19, 21). Wer bei dem neg. utiliter gestum die utilitas absentium außer Augen läßt, muß dahin kommen, das Interesse des einzelnen dominus als dessen Willen zu fingiren. Nur sollte der Verfasser dieses Operiren mit Fictionen nicht ein Operiren mit »positiven Momenten« nennen (p. 21 Anm. 21), denn ein ebenso unfruchtbares Motiv, wie die von ihm bekämpften Vermuthungen, sind die Fictionen! —

Das Interesse des Herrn ist gleich dessen Willen. Das Interesse ist gleich dem neg. utiliter gestum (p. 21). Letzteres entspricht also dem Willen des Herrn.

Dieser Schluß ist falsch, denn im neg. utiliter gestum ist ein weitergehendes Interesse als das Einzelinteresse enthalten, nämlich das Interesse aller Geschäftsherren daran, daß überhaupt ein gestor eintritt.

Der Begriff des »utiliter« wird mit Fug und Recht aus unserer Cardinalstelle entwickelt. Ogonowski fühlt bei der Entwickelung dieses »Interesses« (welches dem Willen und und der Nützlichkeit gleich steht), daß der Wille des Herrn ihm doch nicht immer entsprechen könne, er meint (p. 20), das Interesse sei an sich schon ein »wol sehr relativer Begriff«, welchen man nicht mit den individuellen Ansichten, Neigungen

und Zwecken des dominus identificiren dürfe. Das soll doch heißen: das Interesse ist mit dem wirklichen Willen des Herrn nicht identisch.

Mit vieler Mühe ringt nun Ogonowski darnach, einen objectiven Maßstab für die Beurtheilung des Nützlichen zu finden. Er kommt zu dem Schlusse: Es kann der gestor nur solche Geschäfte unbeauftragt besorgen und sie nur in der Art besorgen, welche und wie sie der Geschäftsherr arbitratu boni patrisfamilias als convenirend, notwendig oder vortheilhaft anerkennen müsse.

Diesen bonus pater familias findet er in der l. 10 D. § 1 h. t. 3, 5. Allein er übersieht, daß es in der Stelle heißt: vel quam sibi necessariam non putavit? Diese Rücksichtnahme auf das subjective Belieben vernichtet die Objectivität des Maßstabes. Ueberhaupt steht »pater familias« nur für »dominus« in der Stelle; das Wort hat hier durchaus keine objective Bedeutung! Es wird auch nicht von einem bonus pater familias gesprochen; nur ein solcher würde einen objectiven Maßstab geben können. Ogonowski hat dies selbst erkannt. Er meint, der erkennbar gemachte Wille des Herrn könne doch immer jedes Eingreifen ausschließen (cf. p. 26 und Ruhstrat an der daselbst citirten Stelle). Ueberhaupt solle nicht ein abstractes Ideal eines tüchtigen Hausvaters der Maßstab sein; concretenfalls werde immer darauf Rücksicht zu legen sein, welches Erachten und Sorgfalt in der Geschäftsführung ein ordentlicher Hausvater gleichen Alters, Standes und gleicher sonstiger Lebensverhältnisse (!) wie der Geschäftsherr, anzuwenden pflege. Hiermit ist der objective Maßstab des bonus pater familias aufgegeben!

Immerhin steht Ogonowski's bonus pater familias in der Mitte zwischen einem gestor der dem wirklichen Willen des dominus gemäß handelt, und einem gestor, der nach einem rein objectiven Maßstab handelt. Er hat eine ähnliche Stellung, wie der gestor nach unserer Anforderung. Hätte

Ogonowski den Willen als constructives Element aufgegeben, er wäre vielleicht zu gleichen Resultaten gekommen.

Ogonowski gesteht p. 39 selbst, daß ein gestum »quod patrifamilias expediat« in seiner Grundfassung immerhin sehr arbiträr sei. Der gestor könne fast in keinem Falle dessen entschieden sicher sein, daß seine Geschäftsbesorgung eine gerufene sei; auf eine einfache Verneinung des Herrn müsse es auf richterliches Urtheil ankommen, welches wieder nicht auf festen Bestimmungsmomenten, sondern auf dem arbiträren Ermessen des Richters beruhen werde.

Wir haben bei unserer Auffassung keine Veranlassung, eine ähnliche Selbstanklage zu erheben. Der Richter hat sich zu fragen: Mußte der gestor im gegebenen Falle nach den äußeren, im Geschäftskreise des Herrn vorliegenden erkennbaren Umständen billigerweise schließen, daß der Herr ebenso handeln würde, wie er gehandelt hat? Dieser Schluß soll eine gewisse Notwendigkeit erfordern, die jedes gesunde Gehirn zu prüfen vermag, die Beurtheilung soll aber keine strenge, sondern eine billige sein, da es sich um ein Institut der aequitas handelt. Kein gestor wird hierdurch abgeschreckt werden, der utiliter geriren könnte! Wohl aber sichert dies Erforderniß den Herrn, daß sich nicht jeder allzugefällige Mitweltbürger einbildet, ein geeigneter gestor zu sein. Fremde Utilitätsansichten können höchst unangenehm werden und ein Fallenlassen der Notwendigkeit der Schlußfolgerung des gestors würde bewirken, daß mancher verhinderte Geschäftsherr seufzen würde: »Gott behüte mich vor meinen Freunden!« Es schickt sich eben nicht Eines für Alle!

2. Der Mißbrauch der doppelten Fiction.

Auf Seite 61 betont Ogonowski nochmals energisch, daß der Unterschied zwischen Mandat und negotiorum gestio nur ein formeller sei. Materiell sei für beide die Willenseinigung der Parteien der Rechtsgrund. »Die principielle Gleich-

heit des Verhältnisses müsse also auch principiell gleiche, analoge Wirkungen zur Folge haben.« Wir sagen Nein! und aber Nein! Dieses »also« ist ein arger Trugschluß! Die »principielle Gleichheit« ist fingirt, sie existirt nicht, mithin kann von »analogen Wirkungen« nicht die Rede sein, da keine analogen Ursachen vorliegen. Ist es denn so schwer, diesen Trugschluß als solchen zu erkennen? Ogonowski führt nun die analogen Wirkungen durch Constructionen aus der Fiction auf Seite 62. 63 f. weiter aus. Es ist nur consequent, wenn er auch den Umstand, daß die n. gestio von dem Erfolg und der Bereicherung unabhängig ist, ebenfalls auf das »vertragsmäßige Verhältniß« zurückführt. »Eine Bereicherung des Geschäftsherrn kommt hier gar nicht in Betracht; der gestor handelt als Vertretungsorgan des Geschäftsherrn, gerufen durch den Willen desselben.« Der Wille entspricht der utilitas, daher ist bei dem n. utiliter coeptum der Erfolg gleichgültig.

Wir glauben deutlich genug gezeigt zu haben, wohin der Abweg der doppelten Fiction führt, wenn man sich nicht immer dessen bewußt bleibt, daß man es mit einer Fiction, mit einem selbst geschaffenen Phantasiegebilde zu thun hat, welches für die philosophische wie juristische Construction ewig unfruchtbar ist und bleiben wird. Wenn Ogonowski sagt, die n. gestio stehe »parallel neben dem Mandat«, so kann dies allenfalls bildlich zugegeben werden; ebensogut könnte man bildlich sagen: sie ist der Schatten des Mandats! Es wird auch hieraus nichts Weiteres folgen. Der Schatten ist nicht die Gestalt von Fleisch und Blut, die ihn wirft, und aus der parallelen Stellung zweier Gegenstände folgt nicht ihre Gleichheit. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist nie eine Geschäftsführung mit Auftrag!

§ 14.

Windscheid.

Der einzige Schriftsteller, welcher bei der Construction der actio neg. gestorum contraria das Hilfsmittel der Fiction abweist, ist Windscheid. Unter dem Titel »Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten« stellt er in seinem Lehrbuche des Pandektenrechts für die actio contraria die beiden Erfordernisse auf, daß der Geschäftsführer die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben müsse, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten, und daß die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse. Man müsse sagen können, daß wenn der Geschäftsherr die Aufoperung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde (§ 430). In der Note 17 des § 430 wird nun der Begriff des Interesses des Geschäftsherrn, das utiliter gestum, näher erörtert. Mit Recht betont Windscheid, daß die utilitas nicht nach objectiven Rücksichten, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage und die besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn zu bestimmen sei.

Wie der Verfasser die Rücksichtnahme auf die besondere Lage des Herrn sich denkt, zeigt die Auswahl der von ihm hierbei citirten Stellen. In erster Linie steht die l. 3 § 4 D. 15, 3: »nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset«, ferner wird die Cardinalstelle erwähnt: »non .... utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur.« Auch wir halten diese Stellen für die wichtigsten. Nach ihnen ist eine res non necessaria eine res quae oneratura est patremfamilias, eine Belastung des Herrn ist aber nach der l. 3 § 4 D. 15, 3 dann anzunehmen, wenn der gestor ein Geschäft besorgt, von dem er nicht billigerweise schließen mußte, daß es der Herr auch besorgt haben würde. Hiernach haben wir unsere Definition des utiliter

gestum construirt, und die Anforderung der Notwendigkeit an die Schlußfolgerung auf das subjective Handeln des Herrn gestellt.

Auch Windscheid erwähnt und würdigt die Anforderung der Notwendigkeit der Aufopferung; er sagt nämlich: Die Notwendigkeit der Aufopferung wird auch in anderen Stellen betont (l. 22, l. 31 § 7, l. 46 D. h. t.), in dem Sinne, daß durch dieselbe aller Streit darüber, ob der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gebilligt haben würde, ausgeschlossen werde, vorausgesetzt, daß der Herr nicht in der Lage war, das betreffende Geschäft selbst vorzunehmen (cf. Note 17 und Note 16a). Diese Worte Windscheids sind von Ogonowski mißverstanden worden: Der Letztere sagt p. 23 Anm. 16 loc. cit. »Unrichtig erscheint — die Ansicht Windscheids, die Handlung des Geschäftsführers müsse im Interesse des Geschäftsherrn derart gegründet sein, daß dieser sie selbst unternommen oder gebilligt hätte. Das unrichtige Princip nöthigt Windscheid zu einer sonst unerklärlichen Restriction, daß bei negotiis necessariis ein Zweifel von der Billigung des dominus unbedingt auszuschließen sei.« Windscheid spricht gar nicht von objectiven negotia necessaria im Gegensatz zu den nützlichen Geschäften, dem steht die subjective Auffassung der utilitas entgegen. Er betont nur die Notwendigkeit der Aufopferung. Demnach ist zu schließen, daß er darunter die Notwendigkeit der Schlußfolgerung auf die Handlungsweise des Herrn versteht. Wir glauben diese Notwendigkeit besser durch die Worte, daß der gestor auf die Handlungsweise billigerweise schließen müsse, wiederzugeben; hierdurch wird jede Verwechselung mit der necessitas der objectiven negotia necessaria ausgeschlossen. Den Ausdruck Windscheids, daß durch die Notwendigkeit »aller Streit ausgeschlossen werde« halten wir für nicht glücklich gewählt; ein in unserem Sinne notwendiger Schluß muß stets vorhanden sein.

Nachdem Windscheid mit kurzen aber treffenden Worten die verschiedenartigen Constructionen charakterisirt hat, fährt er fort: »Meiner Ansicht nach sind alle diese Constructionen verfehlt, aber auch unnötig. Die actio negotiorum gestorum contraria repräsentirt einen selbständigen Rechtssatz, wie die actio negotiorum gestorum directa, und bedarf ebenso wenig, wie diese, der Zurückführung auf ein höheres Princip. So gut, wie das Recht von der einen Seite sagt: wer im Interesse eines Andern in dessen Angelegenheiten glaubt eingreifen zu müssen, soll dieß ordentlich thun — sagt es andererseits: wenn er dabei eine Aufopferung mit dem Willen macht, daß ihm das Aufgeopferte von dem Geschäftsherrn solle ersetzt werden, so wird diesem Willen, obgleich derselbe nur ein einseitiger ist, dann Statt gegeben, wenn diese Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn lag.« Deutlicher kann doch nicht gesagt werden, daß der Grund, weßhalb dem einseitigen Willen Statt gegeben wird, nicht eine Fiction, sondern eine gesetzliche Bestimmung ist. Die Zurückführung auf das höhere Princip der Willenseinigung ist ja auch in der That verfehlt und unnötig!

Jedoch vermissen wir eines bei Windscheid, die Betonung der utilitas absentium. Diese ist es doch in erster Linie, welche die positiven Rechtsbestimmungen hervorgerufen hat. Nicht allein das Interesse des speciellen Geschäftsherrn, sondern auch das Interesse aller verhinderten Geschäftsherren wird in jedem einzelnen Falle durch das negotium utiliter gestum gewahrt. Wir glaubten uns nicht bei der Annahme einer positiven Rechtsbestimmung beruhigen zu dürfen, da die Quellen selbst die ratio legis andeuten. Auch steht ja nur für das Römische Recht diese positive Satzung als solche fest; das moderne Recht, welches diese Satzung findet und, da es codificiren will, nicht allein an das reine Römische Recht

gebunden ist, wird nach dem inneren Grunde dieser positiven Rechtssätze zu suchen haben. Der modernen Rechtswissenschaft wird dann nach der Codification das Institut wieder als positive Satzung erscheinen, für deren Construction nichts verkehrter ist, als die Zurückführung auf das höhere Princip der Contracte.

VI. Abschnitt.

Schlußbetrachtung.

Die Bedeutung des negotium utiliter gestum für die Reichsgesetzgebung.

In keiner andern Zeit befindet sich ein Autor, welcher ein Römisch-rechtliches Thema behandelt, in einer so glücklichen Lage, als in der Jetztzeit, wo das neue Reichscivilgesetzbuch in Aussicht steht, denn in keiner andern Zeit kann er so unmittelbar zur Erreichung des großen Zieles der modernen Welt beitragen, welches das Wort eines unserer größten Rechtsgelehrten uns nennt: Durch das Römische Recht hindurch über das Römische Recht hinaus! Zu keiner andern Zeit als in der Gegenwart ist es aber auch so geboten, auf den inneren Grund der Rechtsverhältnisse einzugehen, die wirklich realen Grundstoffe des Rechts aufzusuchen, und sich von verderblichen Fictionen zu befreien. So lange das Römische Recht in den Ländern des gemeinen Rechts noch gilt, besteht das Institut des negotium utiliter gestum, weil es mitrecipirt ist, durch die Kraft des Gewohnheitsrechts. Für die Geltung des Instituts an sich, freilich aber auch nur allein für diese, ist es gleichgültig, ob man es auf das Gesetz

oder auf eine Fiction gründet, man muß es anerkennen, es ist da und läßt sich nicht wegleugnen.

Eine ganz andere Bedeutung gewinnt dies Römisch-rechtliche Institut aber für den Gesetzgeber des Deutschen Reichs. Für ihn fällt der Grund der Geltung kraft der Reception weg, für ihn ist nicht allein maßgebend die communis doctorum opinio, welche es unbegreiflicherweise noch jetzt auf Fictionen stützt, für ihn handelt es sich hier weder um die Frage nach der Berücksichtigung des Parteiwillens, wie bei den Verträgen, noch um die Frage, ob eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliege, er steht vor einem in seiner Art einzigen Römisch-rechtlichen Institut, und muß sich fragen, ob die Gründe, die die Römer zur Aufnahme des Instituts bewogen haben, auch in der Gegenwart noch vorliegen, und ob ferner, wenn dies der Fall ist, Gründe vorliegen, welche eine Ausdehnung oder Einschränkung des Instituts verlangen. Mit der Lehre von der Fiction kann er rein gar nichts anfangen, nimmt er eine einfache Fiction an, so fragt es sich eben, weßhalb er die beiden Willen vereinigen soll ohne daß sie sich selbst geeinigt haben, nimmt er eine doppelte Fiction an, so fragt es sich außerdem, weßhalb er einen Willen construiren soll, der nicht existirt. Wer freilich wie Ogonowski einen vollkommenen Vertrag annimmt, für den kann die Existenz des Instituts so wenig fraglich werden, als die Existenz der Verträge, so lange willensfähige Parteien auf der Welt existiren.

Wir haben zunächst die Vorfrage zu erledigen: Soll die Gesetzgebung eingehende Normen aufstellen, oder soll sie das einzelne dieser Lehre dem Gewohnheitsrecht überlassen? Dies Gewohnheitsrecht würde dann ein Gewohnheitsrecht neben dem Gesetz, nicht über dem Gesetz sein, es würde sich daher leichter bilden können. Allein wir glauben, daß diese Lehre weniger zur Ausbildung durch das Gewohnheitsrecht geeignet ist, als andere Lehren. Wir können uns nicht damit einverstanden erkären, daß, wie Leist

(p. 6 u. 7 der Schrift »das unerlaubte Eingreifen 2c.«) annimmt, sich das Institut so ganz und gar auf die naturalis ratio stütze. Leist meint, bei einigermaßen entwickelten Volkszuständen treibe uns das natürliche Gefühl der Coexistenz, dem Nachbar beizustehen, wo es ihm schlecht gehe, oder wo er es brauche, ohne daß wir auch nur die Absicht hätten, »das Schwergewicht seiner eignen Souveränität durch ein schmerzendes Uebergewicht der unsrigen« zu beeinträchtigen. Damit sei eine naturalis ratio vorhanden. Wir bestreiten dies. Der gestor will nicht schenken, — wenn er daher ohne Erfolg gerirt hat und nichts erhält, wird er nicht so leicht wieder eintreten; der einzelne Herr ist nicht bereichert, — wenn der gestor ohne Erfolg gerirt hat, wird er nicht Ersatz leisten wollen. Das Interesse der Gesammtheit, so wie es das fein durchgeführte Institut des n. utiliter g. im Auge hat, stets sich vorzuhalten, ist Sache der Reflexion und des kritischen Verstandes, beides Dinge, welche das Gewohnheitsrecht in Folge seiner relativen Unvollkommenheit nicht besitzt. Das n. utiliter gestum ist sozusagen eine Versicherung auf Gegenseitigkeit,[1]) sie bedarf eines Statutes und dies Statut gibt das Gesetz.

Daß übrigens selbst die Nation der Rechtsgelehrten, die Römer, kein Gewohnheitsrecht, betreffend das neg. ut. gestum, und selbst keine naturalis ratio bei sich vorfanden, beweist der Ausspruch der Institutionen, den wir schon früher erwähnt haben: Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli dementata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

Die wirklich realen Grundstoffe des neg. utiliter gestum bestehen in der utilitas absentium und der

---

[1]) Das Bild ist sehr gewagt, dient aber vielleicht zur Veranschaulichung.

utilitas absentis, in dem organischen Zusammenwirken des Gesammtinteresses neben dem Einzelinteresse, in der ächt rechtlichen Lösung der Collision zwischen einem Momente der gesellschaftlichen Notwendigkeit und einem Momente der individuellen Freiheit!

Das Hauptfundament des n. utiliter gestum ist die utilitas absentium. Es fragt sich, ob diese noch heute vorhanden ist, es fragt sich, ob noch heute der Gesetzgeber sagen kann: »Dies Institut ist notwendig, weil es das Interesse aller verhinderten Geschäftsherren verlangt«, wie der Römische Prätor sagen durfte: »Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur etc.« Heute wie zur Zeit der Römer ist diese Frage an die Spitze der Lehre zu stellen und heut wie zur Zeit der Römer ist sie zu bejahen.

Die utilitas absentium ist noch heute vorhanden, aber nicht in dem Umfange wie im alten Rom. Die Abwesenheit ist das Hinderniß, welches uns der Raum bereitet. Heutzutage ist aber dies Hinderniß unserer Willensäußerung weit mehr überwunden, wie zur Zeit der alten Römer. Posten und Telegraphen tragen unsern Willen an den Ort, von dem wir abwesend sind, Posten und Telegraphen geben dem gestor das rechte Mittel in die Hand, den wirklichen Willen des Herrn zu erfragen. Ganz anders im alten Rom! Die Römischen Verkehrsmittel waren, wenn auch für ihre Zeit höchst anerkennenswerth, doch derart, daß sie mit den heutigen keiner Vergleichung bedürfen. Während ein Römischer gestor im Interesse des Herrn handelte, wenn er nicht die unsichere und langwierige Botenpost benutzte, um den Willen des Herrn zu erfragen, wird es in unsern Tagen vielfach die Pflicht des gestors sein, erst brieflich oder telegraphisch anzufragen, wenn nicht große Eile nötig ist. Ein Römer, der subita festinatione abreiste, war in ganz anderer Lage, als ein moderner Geschäftsherr, der eine plötzliche Reise vornehmen muß und die

Dampfkraft und den elektrischen Funken als Boten mit auf die Reise nimmt. Die gleiche Lage mit den Römern könnte heutzutage höchstens ein Reisender theilen, der das innere Afrika erforschen wollte! So selbstverständlich diese Beschränkung der absentia ist, so ist sie doch nirgends hervorgehoben worden. Und doch ist sie so wichtig! Denn der gestor darf nur eintreten, wenn der Herr verhindert ist, der Herr ist aber nicht verhindert, wenn die Sachlage noch so viel Zeit gestattet, daß er auf eine Anfrage antworten kann. Aber auch heutzutage heben Posten und Telegraphen die utilitas absentium nicht auf; wenn der gestor nicht weiß wo der Herr weilt, wenn der Brief verloren geht oder keine Antwort erfolgt, wenn, und dies ist der Hauptfall, das Geschäft so dringend ist, daß es keine Anfrage zuläßt, und in tausend anderen Fällen neben diesen genannten, ist es im Interesse der abwesenden Herren, daß der gestor sofort eintritt.

Eine weitere Beschränkung hat die utilitas absentium durch das weitverbreitete Deutsch-rechtliche Institut der Abwesenheitscuratel erlitten. Wo es in Rom im Interesse der Abwesenden lag, daß ein gestor sich des ganzen Vermögens annahm, ernennt in vielen Fällen der moderne Staat einen Abwesenheitsvormund. Ich will hier nur die Preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 als Beispiel anführen. Der § 82 derselben lautet: »Abwesende Großjährige, über deren Aufenthalt ein Jahr lang keine Nachricht eingegangen ist, oder welche an ihrer Rückkehr sowie an der Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten gehindert sind, erhalten einen Vormund zur Vertretung bei ihren Vermögensangelegenheiten, insoweit sie dazu einen Bevollmächtigten nicht bestellt haben oder Umstände eingetreten sind, welche die ertheilte Vollmacht aufheben oder deren Widerruf zu veranlassen geeignet sind. — Aus dringenden Gründen kann Demjenigen, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, auch vor Ablauf eines Jahres ein Vormund bestellt werden. —

Jeder, welcher dem Vormundschaftsgericht ein Interesse zur Sache nachweist, ist berechtigt, die Einleitung der Vormundschaft zu beantragen.« Sollte, was vorauszusehen ist, die Reichsgesetzgebung die Abwesenheitsvormundschaft ordnen, und sollte dieselbe, was wohl ebenfalls anzunehmen, in jedem Falle aber zu hoffen ist, den Grundsätzen der Preußischen Vormundschaftsordnung folgen, so würde die utilitas absentium eingeschränkt sein (scil. gegenüber dem Römischen Rechte). Aus dringenden Gründen kann ja jedem Abwesenden sofort ein Vormund bestellt werden! Dieser Vormund hat dann die weitgehendsten Pflichten und Befugnisse (cf. § 83 Abs. 3 der V.-O.). Allein auch die Abwesenheitsvormundschaft hebt die utilitas absentium nicht auf! Nur die Fälle, wo ein gestor das ganze Vermögen eines Abwesenden verwaltet, werden seltener werden. Wenn kein Abwesenheitsvormund bestellt ist, wenn der Bestellte verhindert ist, wenn keiner zu bestellen war, Fälle, die viel zahlreicher sind als die Fälle, wo eine Bestellung stattfindet, ist die utilitas absentium nach wie vor vorhanden!

Ferner ist es ebenso wie zur Zeit der Römer auch heute sicher, daß, wenn kein Gesetz dem gestor von vorn herein den Anspruch auf Ersatz sichert, keiner so leicht eintreten wird, denn der gestor will human handeln, aber nicht die Garantie des Erfolges tragen, d. h. er will nicht schenken. Daß er aber ohne Bedenken eintritt, liegt, wie gezeigt, im Interesse aller Abwesenden und Verhinderten, demnach muß ein neg. utiliter coeptum ihm die Klage geben.

Das quoniam, welches der Römische Prätor gesprochen, werden ihm die Gesetzgeber aller Zeiten nachsprechen müssen. Die utilitas absentium ist eine positive Thatsache, eine Größe, mit welcher man rechnen muß, sie enthält eine Anforderung, welche der moderne Staat und der Staat aller Zeiten berücksichtigen muß. Sie wird vorhanden sein, so lange Menschen gesellig leben, denn nur eines könnte sie ausschließen: die Eigenschaft der Allgegenwart!

Aber auch die utilitas absentis ist heutzutage ein noch ebenso bedeutender Factor für die Gesetzgebung, wie im alten Rom. Die Römer kannten die rechte Freiheit, die Freiheit des Gesetzes; nur wer die Grenzen der Freiheit der Andern wahrt, soll Freiheit für sich verlangen dürfen; Freiheit, nicht Willkür ist der Grundzug des Römischen Rechts! Kein Wunder daher, wenn die Willensfreiheit hoch und heilig gehalten wird! Der gestor ist nicht im Stande, den wirklichen Willen des Herrn zu erkennen, aber er hat die Möglichkeit zu schließen, wie sich der fremde Wille wohl äußern würde, wenn er da wäre, denn äußere Umstände veranlassen uns zum Wollen und Handeln, und wenn wir gehandelt haben, so läßt unser Wollen und Handeln äußere erkennbare Umstände zurück, welche einen Schluß auf unsere vermuthliche Handlungsweise zulassen. Da der Wille des Herrn nicht geschützt werden kann, weil eine unmögliche Anforderung die utilitas absentium verletzt, so soll wenigstens den Spuren, die in den äußeren Umständen vorliegen, gefolgt werden, und soll der gestor versuchen aus der Seele des Herrn heraus zu handeln.

Dieser Schutz der utilitas absentis ist notwendig. Ihre Verletzung wäre eine Verletzung der Freiheit. An sich gilt noch heute das Wort: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti! (cf. l. 36 D. de R. J. 50, 17). Die Willensfreiheit des Einzelnen könnte verlangen, daß sich Niemand einmische, die utilitas absentium verlangt aber ein Eingreifen überhaupt, daher verlangt die Freiheit des Einzelnen wenigstens ein starkes Bollwerk gegen die Willkür und die Nützlichkeitsansichten fremder Menschen. Dies Bollwerk gewährt die vom gestor verlangte Schlußfolgerung.

Also auch die Berücksichtigung der utilitas absentis ist eine Anforderung an jede Gesetzgebung, so lange es willensfreie Menschen gibt! Daß heutzutage bei der nivellirenden Richtung unseres Geschäftsganges in vielen geschäftlichen Dingen leichter zu schließen sein wird, daß z. B. ein Kauf-

mann in der gleichen Lage handle wie der andere, schließt nicht aus, daß der Schluß abweichen muß, wenn eben erkennbare äußere Umstände für ihn diese Abweichung bewirken.

Das Bollwerk gegen die Nützlichkeitsansichten fremder Eindringlinge wäre aber ein schwaches, wenn an die Schlußfolgerung nicht die Anforderung einer gewissen Notwendigkeit gestellt würde. Es muß sich aus den äußeren Umständen wirklich ein Schluß ziehen lassen, daß der Herr so und so handeln würde, es muß dies ein Schluß sein, der logisch auch dem Richter als notwendig erscheint, und der kein bloßes Hirngespinst, keine Meinung des gestors ist. Es ist doch keine Kleinigkeit, in jedem hergelaufenen Fremdling unter Umständen einen gestor anerkennen zu müssen, der uns verpflichten kann, selbst wenn er nichts erreicht. Dieser Gefahr würden wir aber bei der Theorie der objectiven Notwendigkeit entgegen laufen, denn diese kann sich Jeder construiren. Daher gilt auch diese Anforderung des Römischen Rechts für alle Völker und Zeiten.

Endlich ist diese Anforderung doch auch nicht allzustreng aufzufassen. Eine allzustrenge Auffassung würde den gestor zurückschrecken, und dies würde die utilitas absentium verletzen, da selten ein neuer gestor für andere Herren eintreten würde. Den gestor müssen die äußeren Umstände billigerweise zu seinem Schlusse veranlaßt haben. Dies verlangt auch die aequitas gegenüber dem gestor. Diese aequitas war für die Römer nur ein nützliches Nebenproduct, die utilitas absentium war das bestimmende. Wir meinen, für die moderne Welt, welche dem starren Egoismus des Römischen Rechts das ethische Princip der Nächstenliebe entgegen hält, ist die aequitas gegen den gestor von größerer Bedeutung. Der gestor will nicht schenken, das ist ja gewiß. Aber er will gegen seinen Nächsten als Nächster handeln, denn er will seine Dienste nicht vermiethen, sondern sie unentgeltlich leisten, nur will er seine Auslagen ersetzt erhalten. Einen Liebesdienst

kann man Vielen erweisen, beschenken kann man nur Wenige, — wenn das Gesetz, indem es ihn den Zufall tragen läßt, den gestor zur Schenkung zwingt, wird er nicht Vielen mehr gefällig sein. Also auch aus Gründen der Ethik muß das Gesetz das Institut in unserm Sinne normiren.

Diese Norm möchten wir kurzgefaßt in folgenden Worten ausdrücken:

»Wer freiwillig fremde Angelegenheiten in der Weise besorgt, wie er aus den äußeren, im Geschäftskreise des Herrn vorliegenden Umständen billigerweise schließen mußte, daß sie der Herr besorgt haben würde, wenn er nicht verhindert gewesen wäre, hat Anspruch auf vollen Ersatz, sobald er die Angelegenheit unternommen hat, selbst wenn er deren Besorgung nicht zu Stande brachte.

Anderenfalls steht ihm nur ein Anspruch zu, wenn der Herr seine Besorgung genehmigt, oder soweit der Herr durch dieselbe bereichert worden ist.«

Die Umschreibung des negotium utiliter gestum ist etwas umständlich, weil uns für das utiliter ein technischer Ausdruck fehlt. Es liegt in der Natur dieses Instituts, daß die vielfach gesuchten immer gültigen Normen überhaupt nicht existiren. Die Entscheidung, ob der Anspruch vorliegt, ist schwer, wo keine freie Beweiswürdigung existirt, leicht, wo dieselbe eingeführt ist. Die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich wird mit Recht die freie Beweiswürdigung allgemein einführen, das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden (§ 259).[1] Auch die bevorstehende freiere Behand-

---

[1]) Es sei hier bemerkt, daß nach § 85 der Civilproceßordnung ein Geschäftsführer ohne Auftrag zur Proceßführung einstweilen zugelassen werden kann.

lung des Beweises durch Sachverständige (§§ 367 ff. R.-C.-O.) kommt der Beurtheilung des n. utiliter gestum zu statten, denn sie sind die Gehülfen des Richters, welche ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes Urtheil abgeben (cf. die Motive zu § 367 ff. der R.-C.-P.). Was die Stellung im System betrifft, so dürfte der Anspruch aus dem negotium utiliter gestum unter die Zustandsobligationen, der Anspruch aus der Bereicherung unter dieselbe Rubrik, der Anspruch aus der Genehmigung unter die Contractsobligationen zu stellen sein, wenn man nicht alle drei zusammen behandeln will; in diesem Falle würden die Zustandsobligationen die rechte Stelle bieten, da der Anspruch aus dem negotium utiliter gestum das Institut charakterisirt.

Es bleibt noch übrig, der einzelnen Bestimmungen zu gedenken, welche zum Ausbau des Rechtsinstituts dienen. Was die Haftung anlangt, so wird die Bestimmung genügen: »Der gestor hat die Sorfalt eines guten Hausvaters anzuwenden.« Daß er zunächst die vom Herrn vermuthlich angewandte diligentia beachten muß, haben wir oben gezeigt. Es bedarf jedoch ein Gesetzbuch keiner besonderen Hervorhebung dieser Anforderung, da sie aus der Definition des Rechtsinstituts von selbst sich ergibt.

Ferner empfiehlt sich, mit dem Züricher und Sächsischen Gesetzbuch das Princip der actio funeraria auszudehnen: »Hat der Geschäftsbesorger eine dem Geschäftsherrn obliegende, auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsherr ihm zu handeln verboten hat.« (cf. hierzu Windscheid § 430 Anm. 20.) Zur privatrechtlichen utilitas absentium tritt hier noch ein öffentliches Interesse. Daher wird die utilitas absentis hier beschränkt.

Auch kann man mit dem Züricher und dem Sächsischen Gesetzbuch bei Eltern und Großeltern, welche Descendenten

alimentiren, den animus donandi präsumiren; dieselbe Präsumtion läßt sich auf den umgekehrten Fall ausdehnen.

Handlungsunfähige Geschäftsherrn dürfen nur insoweit Ersatz zu leisten haben, als sie bereichert sind. Bei ihnen ist ein Schluß auf ihre vermuthliche Handlungsweise und ein negotium utiliter gestum unmöglich.

So sind denn in der That die Grundsätze des Römischen Rechts über das neg. utiliter gestum »für alle Zeiten eines gebildeten Rechtslebens die allein richtigen« (Ruhstrat).[1] Es liegt ja auch dem Institute dieselbe Basis zu Grunde, auf welcher das Recht an sich ruht, die Wechselwirkung zwischen Gesammtinteresse und Einzelinteresse, zwischen Notwendigkeit und Freiheit, und die Versöhnung beider, welche die hohe Aufgabe aller Rechtswissenschaft ist.

---

[1]) Windscheid meint, es lasse sich die Frage nicht abweisen, ob nicht die actio negotiorum gestorum contraria überhaupt auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuführen sei? Er beantwortet die Frage nicht direct, sondern fährt fort: »es ist zu sagen, daß das Römische Recht dieß möglicherweise hätte thun können, aber ebenso gewiß nicht gethan hat.«

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

